

**PARA UMA CRÍTICA À CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS A PARTIR DE JOSÉ JOAQUIM GOMES
CANOTILHO**

Néviton de Oliveira Batista Guedes

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA COMO
REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS -
ESPECIALIDADE DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

FLORIANÓPOLIS

1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A dissertação: PARA UMA CRÍTICA DA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS A PARTIR DE JOSÉ JOAQUIM GOMES
CANOTILHO**

Florianópolis, 15 de março de 1995

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Presidente

Prof. Dr. Índio Jorge Zavarize

Membro

Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar

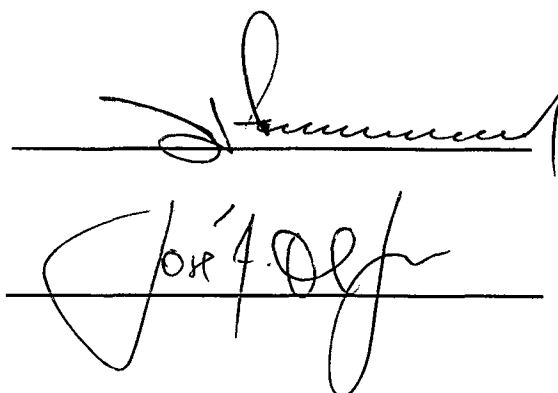
Membro

Prof. Orientador:

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Cordenador do Curso:

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

The image shows two handwritten signatures. The first signature, for Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer, is written in dark ink and is positioned above a horizontal line. The second signature, for Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior, is also in dark ink and is positioned below the first signature, also above a horizontal line. The signatures are stylized and cursive.

Dedico à minha família.

AGRADECIMENTOS

Se de tudo, inevitável, fica um pouco, ficou muito, muito mesmo, de vocês, nas páginas que se seguirão.

Ao Prof. Antônio Carlos Wolkmer, pela contribuição do professor, do amigo e do orientador.

Ao Prof. José Geraldo de Sousa Júnior, professor e amigo, no que têm tais palavras de mais nobre, pelo exemplo e impulso, primeiro e fundamental.

Ao Prof. Edmundo Lima de Arruda Júnior, pelo que não se paga.

Ao Prof. Ubaldo César Balthazar, pela confiança e estímulo, de quem é amigo e mestre.

Ao Prof. Índio Jorge Zavarizi, por, mais do que ensinar, conferir-me a primeira experiência de professor.

Ao amigo Melillo, por opor à minha impaciência cética a sua eterna compreensão cristã.

À Regina Tonelli, pela beleza e abundância de seu existir.

Aos amigos Ruy, Katie, Milena, Paulinho, Jakson, Lula, Bráulio, Argemiro e Luís Inácio, pela *cumplicidade* em minha formação e por muito, muito mais ainda.

Aos colegas da pós-graduação, pela generosidade no afeto.

À Rose e à Dilsa, bem como aos demais funcionários do *CPGD*, pela inestimável colaboração.

Aos Professores do *CPGD*, pelos ensinamentos e pela sugestiva visão interdisciplinar.

Aos professores e amigos do Departamento de Estudos Jurídicos da **UNIJUÍ**, especialmente, Airton Sott, Darcísio Corrêa, Idemir Bagatini, Gilmar Bedin, José Leandro Benitez, Maristela, José Theodoro Corrêa, Ronaldo Busnello, Valcir G assen e Sérgio Pires.

À *CAPES* e à *UFSC*, sem as quais não seria possível essa dissertação.

A todos, enfim, a que se deve a realização desta dissertação, mas que, pela impossibilidade de relacioná-los e até para não comprometer, acaba-se por omitir. Há mais dívida do que condições de saldá-la.

"A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta".

RESUMO

O objeto da presente dissertação é um estudo crítico das dificuldades jurídicas de se tornarem efetivas e concretas as normas que vão inseridas numa Constituição, a partir, sobretudo, da contribuição do prof. da Universidade de Coimbra JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO.

Está a dissertação dividida em três capítulos, além de uma introdução e algumas considerações finais.

O primeiro capítulo, além de uma primeira aproximação conceitual, tenta demonstrar, a partir da análise da idéia de legitimidade, porque a Constituição de um país deve receber concretização.

O segundo capítulo faz uma recuperação sucinta das várias teorias, análises e classificações realizadas por autores brasileiros em torno das normas constitucionais, para, ao final, apontar as várias dificuldades ainda não solucionadas pela doutrina nacional no que tange à idéia de concretização-efetivação das normas constitucionais.

Colima o terceiro capítulo, a partir da idéias de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, captar algumas das soluções técnicas e metodológicas que a mais recente teoria constitucional tem oferecido ao grave problema da concretização das normas constitucionais.

Servem as considerações finais mais como momento de perplexidade ante às grandes dificuldades ainda sem respostas, do que propriamente como uma conclusão definitiva sobre o tema.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist ein kritisches Essay über die Schwierigkeiten, die in einer Verfassung enthaltenen Normen zu effektivieren und konkretisieren, hauptsächlich von den Ideen des Professors JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO der Universität Coimbra ausgehend.

Die Arbeit ist in drei Kapitel unterteilt, ausser einer Einführung und einigen Schlusskommentaren.

Im ersten Kapitel soll, ausser einer einführenden Annäherung an die Basisdefinitionen, aufgezeigt werden, warum die Verfassung eine Konkretisierung erhalten muss, ausgehend von der Legitimitätsidee.

Das zweite Kapitel präsentiert eine Zusammenfassung von den verschiedenen Theorien, Analysen und Klassifizierungen brasilianischer Autoren bezugs der Verfassungsnormen, um festzustellen, dass es immer noch verschiedene ungelöste Schwierigkeiten gibt, was die Idee der Konkretisierung-Effektivierung der Verfassungsnormen angeht.

Das dritte Kapitel versucht, von dem theoretischen Aufbau des Prof. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO ausgehend, einige technische und methodologische Lösungen aufzuzeigen, die die neueste Verfassungstheorie gegenüber dem ernststen Problem der Konkretisierung der Verfassungsnormen vorzuschlagen hat.

Die Schlusskommentare eignen sich eher zu einem Moment der Perplexität gegenüber den grossen Schwierigkeiten die noch ohne keine gültige Antwort haben, statt zu einer endgültigen Schlussfolgerung über das Thema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 - A LEGITIMIDADE COMO PROBLEMA DE CONCRETIZAÇÃO E DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL	18
1.1. Conceituação necessária sobre a efetividade e a concretização constitucional	19
1.2. A não-concretização constitucional	25
1.3. A Legitimidade da Constituição	30
1.3.1. Problemas de Legitimação do Estado	31
1.3.2. Problemas de Legitimidade da Constituição	36
1.3.2.1. Concretização Constitucional e Pluralismo Jurídico	40
1.3.2.2. Os Constitucionalistas e a legitimidade constitucional	43
2 - OS EFEITOS E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	58
2.1. Rui Barbosa e Classificação norte-americana	60
2.2. A Classificação de José Afonso da Silva	61
2.3. A Classificação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho	68
2.4. Jorge Miranda e sua Classificação	69
2.5. Paulo Bonavides e a Programaticidade das Constituições	71
2.6. Celso Antônio Bandeira de Mello e a Posição do Cidadão Frente às Classificações	77
2.7. Luís Roberto Barroso e a Efetividade Constitucional	86
2.7.2. (Parágrafo Único) Crítica à Não-Concretização dos Direitos Sociais	92
2.8. Canotilho e o Fim das Normas Programáticas	103
3 - A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA DE VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR E A POSSIBILIDADE DE SEU CONTROLE	112
3.1. Sobre a (Im)possibilidade de Controle da Inércia Legislativa	113
3.2. A Separação de Poderes como Limite à Concretização das Normas Constitucionais	114

3.3. O Princípio da Separação de Poderes como Pressuposto da Concretização
Constitucional118

3.4. A Justiça Constitucional e a Concretização das Normas Constitucionais129

3.5. Vinculação e Liberdade de Conformação do Legislador no Processo de
Concretização Constitucional136

3.5.1. A Teoria das Determinantes Constitucionais145

3.5.2. A Concretização Constitucional e as Imposições Constitucionais153

3.5.3. Mandado de Injunção, Inconstitucionalidade por Omissão e Concretização
Constitucional156

CONCLUSÕES163

BIBLIOGRAFIA173

INTRODUÇÃO

HERBERT HART, no seu *O Conceito de Direito*, colocava-se, como que impressionado, a seguinte questão: "se todos sabem o que dizer sobre o direito, por que permanece a questão do que é o direito?"¹. Inicia-se esta dissertação com indagações de mesma índole: *se todos afirmam a supremacia da Constituição, por que as normas constitucionais são as de menor observância? Se todos querem, como afirmam, converter a Constituição em realidade (fazê-la uma Constituição viva), por que, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tantas normas constitucionais ficam letra morta*²?

Buscou-se, nesta dissertação, responder a essas questões através de dois discursos, um que vai exposto e outro que se encontra implícito, latente em toda a discussão.

Implicitamente, esta dissertação é um apelo à memória histórica, memória dos excluídos, pois a eles se destinam a maior parte dos preceitos constitucionais que não alcançam efetivação. Há uma evidente seletividade perversa na atuação dos legisladores, que concretizam incontinenti as normas que estão referidas aos interesses dos setores preponderantes da comunidade nacional, deixando para um eterno amanhã a efetivação das normas constitucionais que dizem respeito às *classes perenemente subalternizadas*³.

Mas, sabe-se muito bem, não adianta apenas esperar por tempos melhores, pois "os bons-anos, dizia o padre ANTÔNIO VIEIRA, não os dá quem os deseja, senão quem os assegura"⁴. Da mesma maneira, adverte CLEMERSON MERLIN CLÈVE, "Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropologicamente simpático (amigo das classes populares,

¹ HART, H., *O conceito de direito*, p. 07

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 04. Sobre a dificuldade de se fazer efetiva a Constituição dedica-se o Cap. 1.

³ A expressão é de FLORESTAN FERNANDES, no seu *Nova República?*, p. 78 e ss.

⁴ VIEIRA, Antônio, *Sermão dos Bons-Anos*, in *Sermões Escolhidos*, p. 108.

amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.)"⁵, pois, para além do inconformismo discursivo, é na realidade mesma (no parlamento, nos tribunais, nas escolas de Direito, na sociedade, enfim) que se reproduz a infâmia nacional da existência de cidadãos sem direitos, mesmo que sejam, como são estes direitos, consagrados constitucionalmente.

Como discurso implícito, portanto, o que orientou esta dissertação foram as palavras contundentes e nada consoladoras, de CLEMÉRSON MERLIN CLÈVE, de que o que "importa, hoje, para o jurista participante, (é) sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas"⁶. Daí também a importância do discurso expresso, pois a ele se atribuiu a tarefa de enfrentar este desafio.

Expressamente, então, tem esta dissertação como objeto a rediscussão dos limites e das possibilidades de efetivação (concretização) das normas constitucionais, tendo como referente a Constituição brasileira de 1988. Situando-se a discussão, portanto, de forma privilegiada, no espaço da teoria constitucional, pois é nela que se debatem, segundo CANOTILHO, "as condições de concretização de uma lei fundamental (debate sobre a facticidade e normatividade do direito constitucional e sobre os pressupostos da força normativa da constituição)"⁷. Não se descure, entretanto, das necessárias incursões no Direito Constitucional, para que a discussão ganhe consistência prática (por isso a Constituição brasileira como referente), nem de inevitáveis extensões ao campo da Metodologia

⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. "A teoria constitucional e do direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)", in *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*, realizado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, p. 46.

⁶ CLÈVE, *idem*, *ibidem*.

⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, p. 190

Constitucional, no que à dissertação interessasse para "clarificar o processo de concretização"⁸ constitucional.

As preocupações que deram impulso à pesquisa aqui revelada podem resumir-se nos seguintes questionamentos: (1) estariam aptas a dar respostas convincentes aos problemas que emergem de forma permanente do confronto entre a normatividade e a realidade constitucionais, as antigas, clássicas e ainda vigentes teorias elaboradas por autores brasileiros sobre a eficácia das normas constitucionais? E, (2) sendo negativa ou positiva a resposta, em que poderia auxiliar, na construção de uma nova perspectiva, a contribuição mais recente do Prof. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO na órbita da teoria constitucional?

A hipótese central consiste em afirmar que as mutações por que tem passado a sociedade brasileira impuseram um redimensionamento normativo-constitucional à estrutura do Estado brasileiro⁹. Tal evolução (de Estado Liberal a Estado Democrático Social), ao menos no nível constitucional, sugere uma nova perspectiva também em relação às normas constitucionais, para a qual já não fornecem uma resposta satisfatória as mais insignes classificações das normas constitucionais, realizadas por constitucionalistas brasileiros, quanto à sua eficácia - desde RUI BARBOSA, que adaptou para o vernáculo a bipartição feita pela doutrina norte-americana (especialmente THOMAS COOLEY e GEORGE TUCKER) entre normas auto-executáveis (*not self-executing provisions*) e norma não aplicáveis por si mesmas (*not self-executing provisions*)¹⁰, até a mais recente, mas não menos clássica, doutrina tripartite de

⁸ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, *ibidem*

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 288 e ss; sobre o conteúdo das tarefas do Estado, ver CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 166 e ss; sobre a mudança de uma concepção negativo-repressivo-estrutural do Direito e do Estado para uma concepção positivo-promocional-funcional, ver BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la Teoria del Derecho*, p. 371 e ss

¹⁰ BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição de 1891*, Vol. 2, p. 488

JOSÉ AFONSO DA SILVA, que dividiu as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada ou restrita¹¹, passando por alguns outros autores.

A mera classificação, pois, das normas constitucionais quanto à sua eficácia, além de não afastar séria e conclusivamente as dúvidas em torno da abertura e da densidade das normas constitucionais (se são mais ou menos determinadas em seus conceitos), deixa sem resposta uma série de outros problemas nem mesmo solucionáveis em sede da teoria das normas constitucionais, como é o caso, apenas para exemplificar: (a) das dificuldades quanto ao grau de vinculação, da discricionariedade e da liberdade do legislador; (b) a tormentosa questão da distribuição de competência e do princípio da separação dos poderes no âmbito do controle da (não)concretização constitucional; (c) a distinção entre Constituição dirigente-positiva e Constituição processual-negativa e a sua possível influência na efetividade das normas constitucionais.

O que se está a afirmar é que a tentativa por parte de alguns autores de estabelecer um tipologia das normas constitucionais fundada no *discrimen* da aplicabilidade e eficácia (v. g., JOSÉ AFONSO DA SILVA), ajuda a compreender o problema da efetividade, mas não o soluciona. Aliás, a problemática da efetividade das normas constitucionais, se levada a efeito apenas por este prisma, redundaria numa quase tautologia, onde a efetividade e aplicabilidade dos preceitos constitucionais, salvo poucos critérios diferenciadores acrescidos, fundariam-se no maior ou menor "grau de seus efeitos jurídicos"¹².

Especificando o que acima foi dito, pode-se asseverar, por exemplo, que a conclusão de que as "normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação"¹³, mesmo que se recolha critérios dessa "(in)suficiência

¹¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 04 e ss

¹² SILVA, José Afonso da. *Normas Constitucionais*, in "A norma jurídica", p. 45 e também no seu *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 75

¹³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.254

normativa", nada esclarece sobre qual o melhor processo para, *e.g.*, alcançar o sentido e o conteúdo dessas normas (problema de hermenêutica que, pela complexidade, não seria abarcável nos estreitos limites deste estudo), ou sobre quem pode determinar tais sentidos e conteúdo (problema de distribuição de competências, a qual se faz referência direta no Cap. 3).

São estes apenas alguns exemplos a demonstrar que os estudos classificatórios das normas constitucionais deixaram em aberto uma série de outros problemas bastante relevantes para a idéia de concretização constitucional, os quais esta dissertação, como lhe cabe, não tem a mínima pretensão de solucionar em definitivo, mas apenas, se possível, melhor evidenciar.

Fronteira desta investigação I: Esses problemas ainda abertos e pontualmente indicados (vinculação do legislador e discricionariedade do legislador; distribuição de competências e separação de poderes; a idéia de Constituição dirigente - a partir das imposições constitucionais - em oposição à Constituição processual) surgem, portanto, nos limites desta dissertação, como *topoi categoriais*¹⁴ credenciados a demarcar o seu horizonte (da dissertação) investigatório e auxiliar na busca de uma nova perspectiva (não-absoluta), mas constitucionalmente adequada, sobre o problema da concretização constitucional.

Fronteira desta investigação II: Torna-se necessário, ainda, deixar patente o fato de que cada um dos pontos acima elencados não apenas limita o tema central da dissertação - a concretização das normas constitucionais -, mas são, por sua vez, por ele limitados. Tudo isso sob pena de, ao imporem barreiras ao objeto em discussão (barreiras cientificamente necessárias), abrirem as suas próprias portas para extrapolações não desejadas.

Antes de se passar à leitura do núcleo mesmo da dissertação que ora se introduz, deve-se esclarecer, por fim, que foi toda ela realizada através de pesquisa bibliográfica, processando-

¹⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 477

se uma comparação e confronto, como já se antecipou, entre a doutrina nacional sobre o tema e a teoria constitucional contemporânea, num espectro mais amplo, principalmente a de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO.

***1 - A LEGITIMIDADE COMO
PROBLEMA DE CONCRETIZAÇÃO
E DE EFETIVIDADE
CONSTITUCIONAL***

1.1. CONCEITUAÇÃO NECESSÁRIA SOBRE A EFETIVIDADE E A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

"O que há de mais temível é a morte, se assim quisermos denominar essa Inefetividade. E sustentar o que está morto é o que exige a maior força"

G.W.F. HEGEL

A primeira tarefa ao se discutir o tema efetividade-concretização das normas constitucionais é a de proceder uma apuração e também uma uniformização dos conceitos nucleares, ínsitos à discussão. O fato de os termos eficácia e efetividade - a idéia de concretização é relativamente nova - terem recebido a atenção de vários autores não elide tal responsabilidade, pois, pelo contrário, já advertira HEGEL, "a maneira mais comum de iludir-se a si mesmo e de iludir os outros consiste em supor no conhecer algo já conhecido e deixá-lo como tal"¹. Por isso, para que não se tome tais conceitos como de todos conhecidos e a sua discussão como pronta e pacífica, é que se passa ao seu enfrentamento.

Como é sabido, a maior parte da doutrina e jurisprudência brasileiras têm entendido por eficácia jurídica a aptidão da norma para causar efeitos jurídicos², mas basta uma rápida incursão pela teoria geral do direito para perceber-se que a questão não é assim tão simples³.

¹ HEGEL, Georg Friedrich, *A fenomenologia do Espírito*. p. 19

² Cfe. se depreende da leitura dos autores que abordaram o tema, a questão de maneira alguma é incontroversa. Sem muita discrepância com que a doutrina tradicional afirma, veja-se, por todos, SILVA, José Afonso, *A aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 57/58. Para outros posicionamentos: DINIS, Maria Helena, *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 22 e ss, especificamente p. 71 : "A eficácia constitucional seria a relação entre a ocorrência (concreta) dos fatos normativos, sociais e valorativos estabelecidos no texto constitucional, que condicionam a produção do efeito jurídico visado e a possibilidade de produzi-lo". Tal conceito adcorre, segundo a autora, de um "estudo analítico da eficácia sob o *prima* pragmático em conexão com o sintático e o semântico", donde se conclui que a norma constitucional é eficaz na medida em que atina às condições reais (nível semântico), relacionando-se, ou não, com outras normas do sistema constitucional (nível sintático), em consideração à possibilidade ou não de (des)obediência por parte de seus destinatários (nível pragmático); numa perspectiva eminentemente semiológica, veja-se NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, 39 e ss; para uma visão de eficácia constitucional, no sentido kelseniano, veja TEMER, Michel, *Eementos de Direito Constitucional*, p. 26 e ss "Eficácia jurídica se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com pontencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos"; distinguindo entre eficácia jurídica (aptidão formal de produzir efeitos) e eficácia social ("efetiva conduta" em conformidade com a hipótese normativa), veja GRAU, Eros Roberto, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 149. No campo do Direito

Segundo Kelsen, na sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, "Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas"⁴. O deslocamento do termo eficácia, no sentido kelseniano, para o campo estrito do Direito Constitucional não apresenta qualquer problema, visto que aí seu significado aparece como corolário daquilo que, de forma geral, ele, Kelsen, compreendia por eficácia. Dizia Kelsen em outro texto (*Teoria Pura do Direito*): "Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas"⁵.

Dai, ao aceitar-se que uma Constituição é eficaz na medida em que as normas que lhe são inferiores (postas em sua conformidade) são observadas, com sobra de razões pode-se afirmar que uma Constituição deve ser considerada eficaz na medida em que as suas próprias normas, as normas constitucionais, sejam, material e formalmente, aplicadas e observadas⁶, seja no nível legislativo, seja no administrativo ou mesmo jurisdicional.

Administrativo, uma boa distinção, de natureza exclusivamente jurídico-formal, entre perfeição (quando completo o ciclo de formação do ato normativo), validade (quando expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo) e eficácia (quando disponível para a produção de seus efeitos) encontra-se em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 174. Veja-se ainda, pela profundidade da análise, a obra de Marcos Bernardes de MELLO. *Teoria do fato jurídico*, p. 62, 82 e *passim*, na qual, inspirado em PONTES DE MIRANDA, o autor diferenciara os planos de existência e de validade da norma. Veja-se o próprio PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 1 (p.33-4) e 3 (p.11-13)

³ Deixe-se claro que o tema se torna ainda mais controverso pelo fato de as concepções mais contemporâneas e mais complexas do *pluralismo jurídico*, com argumentos contundentes, ao insistirem numa abordagem totalizadora de direito, recusam uma limitação do fenômeno jurídico às normas que são produzidas pelo Estado. Veja-se, por todos, SOUSA JR., José Geraldo, *Para uma crítica da Eficácia do Direito*, *passim*, especialmente, 47 e ss e 135; LYRA FILHO, Roberto, *O que é direito*, *passim* e WOLKMER, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, *passim*, especialmente p. 58 e ss, 86 e ss, 155 e ss. São estes autores mais recentes, mas de há muito a idéia de pluralismo jurídico vem sendo afirmada, veja, como exemplo: EHRLICH, Eugen, *Fundamentos da sociologia do direito* e GURVITCH, Georges, *Sociologia do Direito*, *passim*

⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 44

⁵ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 225

⁶ Nas palavras do próprio Kelsen, "uma constituição efetiva" seria "uma constituição em conformidade com a qual leis, sentenças jurídicas e atos administrativos são estabelecidos realmente", in Kelsen, Hans. *La función de la Constitución*, in *"Derecho y Psicoanálisis"*, p. 85

Na verdade, essa pretensão da Constituição a um fiel cumprimento e obediência por parte daqueles que a ela se encontram submetidos é uma característica de todo sistema normativo. "Toda a ordem jurídica - avalia Karl Larenz - contém regras que pretendem que aqueles a quem se dirigem se comportem de acordo com elas"⁷. Percebe-se, pois, que, do ponto de vista formal, não há grandes dissensões quanto a uma generalizada pretensão jurídico-normativa de que os destinatários de uma norma se conduzam realmente consoante o que ela prescreve.

MARCELO NEVES, valorizando o aspecto empírico da eficácia jurídica, estabelece várias distinções que se prestam a esclarecer muitas das dúvidas que possam surgir quando da discussão da eficácia-efetividade-concretização da norma jurídica. Inicialmente, afirma, há que se distinguir "eficácia autônoma" da "eficácia heterônoma"⁸: a primeira diz respeito à observância autônoma da norma (primária) sem que para isso seja necessária uma "atitude sancionatória impositiva" por parte de um terceiro (órgão competente); a segunda, "eficácia heterônoma", surge como norma secundária, ou seja, como "imposição de um terceiro" exatamente "como reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou ao restabelecimento da ordem legal"⁹. Dessa maneira, a ineficácia só se configuraria quando não se verificasse "nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal"¹⁰, ou seja, no caso convergente de tanto a norma primária, por falta de observância, quanto a norma secundária, por falta de execução-imposição, "fracassarem".

Também distingue a aplicação da norma da sua execução, já que, conquanto as duas careçam da intervenção de um terceiro (o órgão competente) - no que se assemelham -,

⁷ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 297

⁸ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, p. 43

⁹ NEVES, op. cit., p. 41

¹⁰ NEVES, op. cit., p. 44

diferenciam-se pelo fato de que, enquanto a "execução em sentido estrito consiste numa atividade impositiva de fato, (...)a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado"¹¹.

Conjugando todos esses conceitos, pode-se defluir, como se segue, o conceito de concretização do autor: "a eficácia da lei, abrangendo situações as mais variadas - observância, execução, aplicação e uso do Direito, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal"¹².

Dilucidando o termo concretização, explica CANOTILHO, que, por vezes, a ele se refere como se cuidasse de uma "atualização" do texto constitucional. Para este autor, entretanto, concretização refere-se mais corretamente à "densificação ou processo de densificação de normas ou regras de grande abertura - princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas - de forma a possibilitar a solução de um problema"¹³. Pode-se falar tanto de uma concretização legislativa, como de uma concretização judicial ou administrativa, no sentido de que tanto o legislador como o Poder Judiciário ou o Executivo poderão ser chamados, pela intermediação de suas atividades (legislação, jurisdição e administração), a densificar os preceitos constitucionais, isto é, tornar as normas da Constituição, de caráter aberto e indeterminado, aplicáveis ao caso concreto.

CANOTILHO, no seu *Direito Constitucional*, torna bastante claro o que se deva entender por concretização de uma norma. De maneira global poder-se-ia dizer que a concretização

¹¹ NEVES, *op. cit.*, p. 44. Aqui o conceito de aplicação elaborado por MARCELO NEVES aproxima-se bastante do conceito de concretização dado por CANOTILHO, para quem "Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais", e "Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução por esse preceito, dos problemas concretos":

¹² NEVES, *op. cit.*, p. 45

¹³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 322

corresponde ao processo de busca de uma *norma de decisão* que sendo inferida de um sistema aberto seja aplicável ao caso concreto¹⁴. Segundo CANOTILHO, uma norma jurídica só "adquire verdadeira normatividade quando com a *medida de ordenação* nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir"¹⁵, o que pode se verificar nas seguintes situações:

"(1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar, etc.);

(2) através de um sentença ou decisão judicial (concretização judicial);

(3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)¹⁶".

Em qualquer dos casos acima, assegura CANOTILHO, a norma jurídica (muitas vezes aberta e indeterminada, como costumam ser as normas constitucionais), *que era apenas potencialmente normativa*, só auferirá uma *normatividade actual e imediata* através da norma de decisão veiculada pela atividade do legislador (ato legislativo), dos tribunais (sentença), ou do administrador (ato administrativo). É essa norma de decisão que irá, como ápice do processo de densificação¹⁷, regular de forma concreta e vinculativa a situação ou caso necessitado de solução normativa¹⁸.

Fala-se ainda na ideia de cumprimento das normas constitucionais, para significar "que o legislador não dispõe das imposições constitucionais¹⁹ e que a sua não realização - o seu 'não-cumprimento' - justifica o desencadeamento de 'sanções' jurídico-constitucionais, dentro das possibilidades existentes nos ordenamentos positivos: acções constitucionais de defesa, acções

¹⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 222 e ss.

¹⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 229

¹⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *ibidem*.

¹⁷ Ver nota 11.

¹⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 229

¹⁹ Mais adiante será melhor elucidada a ideia de imposições constitucionais.

de inconstitucionalidade por omissão, moções de censura ao governo, dissolução do parlamento"²⁰.

Outra distinção que se afigura importante, mas que aqui não será acolhida (pelo menos nestes termos), é a intuída por MARCELO NEVES entre a eficácia da norma e a sua efetividade. Enquanto aquela diz respeito ao programa condicional "se-então" da norma, esta refere-se ao "programa finalístico" da norma. Explicando em palavras mais simples, a efetividade refere-se à circunstância de uma vez observada (eficácia), consiga a norma, idoneamente, realizar os fins que justificaram sua edição²¹. A distinção, ainda que não adotada no âmbito desta dissertação pelas razões abaixo aduzidas, é relevante, pois é perfeitamente possível que uma norma seja "eficaz, isto é, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa), embora (seja) inefetiva (não-realização dos fins)"²².

Dessa forma, frente à grande "indecisão" teórica em torno do conceito de "eficácia", conforme o sobejamente demonstrado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAS JR.²³, busca-se evitar tal confusão através de uma uniformidade conceitual, em torno do que acima ficou registrado, nos seguintes moldes: opta-se- pelo uso da expressão *efetividade*, mas na mesma acepção de eficácia empregada por Kelsen (que, de resto, não fazia distinção entre eficácia e efetividade²⁴) - isto é, o fato de realmente se verificar a observância e cumprimento da norma - e se utilizará o termo *concretização*, conjugando-se o significado que lhe foi atribuído por CANOTILHO e por MARCELO NEVES - isto é, o fato de a norma constitucional, pelo processo de densificação (CANOTILHO), possibilitar e exigir a sua observância, aplicação,

²⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 323-4

²¹ NEVES, op. cit., p. 46, onde se lê: "a eficácia diz respeito à realização abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, (...) a efetividade se refere à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo meio-fim que decorre abstratamente do texto legal"

²² O autor traz como exemplo a "possibilidade de que a legislação antiinflacionária (...) seja intensamente eficaz, mas provoque uma relevante alta de preços, implicando portanto antiefetividade", NEVES, op. cit., p. 47

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Teoria da Norma Jurídica*, p. 113

²⁴ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, pp. 223 e ss

execução e uso (NEVES). É de se frisar, portanto, que os conceitos (concretização e efetivação) assim e como aqui tomados, em uma compreensão mais empírica que formal, em muito se aproximam, sendo que a existência de nuances entre eles só será realçada quando necessário.

Para sintetizar, a efetividade e concretização de uma norma constitucional, pois, como aqui entendidas, não se referem apenas ao que a doutrina nacional majoritariamente entende por eficácia de uma norma, ou seja, a sua simples aptidão formal para causar efeitos jurídicos. Por efetividade-concretização, no espaço desta dissertação, compreende-se não apenas tal aptidão formal (porém também ela), mas o fato mais vasto de concreta e empiricamente a norma constitucional ser observada e executada, aplicada e cumprida, num grau satisfatório para a sua força normativa²⁵, sobretudo pelas autoridades (legislativas, administrativas e judiciais).

1.2 - A NÃO-CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

"Quantas normas constitucionais ficam letra morta"

JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1968

"Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida"²⁶, averbava com propriedade LUÍS ROBERTO BARROSO. Na mesma direção, concluía MIGUEL REALE, na sua *Filosofia do Direito*, que "não há problema de vigência que

²⁵ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 59 ss e COELHO, Inocêncio M., *Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição*, pp. 43-46.C

²⁶ BARROSO, Luís Roberto., *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 54.

não se refira à eficácia"²⁷. O próprio Kelsen reconhece, embora "contrafeito", como perfeitamente deduz MÁRTIRES COELHO, o fato de que "embora uma norma jurídica, isoladamente considerada, possa continuar valendo (=válida) mesmo nos casos particulares em que não se mostre eficaz (=desobedecida), perderá sua validade quando o sistema normativo a que pertença se tornar, globalmente, ineficaz"²⁸. Aceitando, desta forma, o próprio Kelsen, uma dependência condicionante da validade da norma relação à sua eficácia-efetividade²⁹.

Mas apesar dessa imanente pretensão normativo-constitucional à efetividade, "ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre"³⁰. Como acentuado pelo próprio Kelsen, uma norma que se limitasse a estatuir "como devido (devendo ser), aquilo que de antemão sabemos que, segundo uma lei natural, tem de acontecer, tal norma seria uma norma sem sentido"³¹, ou seja, não se impõe condutas necessariamente observadas. Da mesma forma, firmava o Mestre de Viena, não se prescreve condutas em todos os sentidos impossíveis, porquanto tornaria o dever-ser, a norma, uma prescrição irrefragavelmente carente de obediência³².

Por tudo isso, então, o problema da efetividade de uma norma surge, por assim dizer, "a meio caminho" de sua não-necessária e de sua não-impossível observância, isto é, quanto ela, podendo ser observada (portanto não-impossível), é constantemente desrespeitada (portanto não-necessária). Trata-se aqui, portanto, de normas que, ainda que exigindo um espaço de

²⁷ REALE, Miguel. *A Filosofia do Direito*, 587

²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires, *op. cit.*, p. 56; no mesmo sentido, REALE, *op. cit.*, p. 607; e ver o próprio Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.46

²⁹ Lembre-se que em Kelsen eficácia apresenta-se como efetiva realização da norma, constituindo mais, segundo a conceituação aqui dada, o significado de efetividade.

³⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 54

³¹ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*. p.231

³² Kelsen, *idem, ibidem*

tempo mais alargado, possam ser observadas, e não de normas que se mostram desde já e mesmo para o futuro irretorquivelmente impossíveis de serem cumpridas. No Direito Constitucional, em que as Constituições reclamam por normas constitucionais que lhe promovam a concretização, a sua efetividade vê-se comprometida tanto quando a Constituição é afrontada por normas inconstitucionais (inconstitucionalidade por ação), como quando sua realização é recusada pela inércia daqueles que a deveriam concretizar (inconstitucionalidade por omissão). Essa não-concretização, que deveria ser exceção nas experiências constitucionais (pela supremacia que gozam as Leis Fundamentais sobre as outras normas e sobre as ações dos detentores do poder), transformou-se, na história do Direito Constitucional, disfuncionalmente, na mais grave patologia de que padecem os textos constitucionais. Em verdade, afirma Linares Quintana, "em nenhuma esfera jurídica, é tão grande o abismo entre a validade e a vigência do Direito". No mesmo sentido, assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA ser "paradoxal" que as Constituições, "as normas supremas da ordem jurídica, o direito dotado de supremacia e de superlegalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade"³³. E, já quase desesperado, conclui: "Quantas normas constitucionais ficam letra morta! E quantos preceitos da constituição dispõem num sentido e a prática constitucional resolve em outro!"³⁴.

Na avaliação de LUÍS ROBERTO BARROSO, as disposições constitucionais frustram-se na sua efetivação por mais de uma razão. Diz ele: "1)Em alguns casos, o dispositivo se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. 2)De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. 3)E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes"³⁵.

³³ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 04

³⁴ SILVA, *op. cit.* p. 04

³⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 55

Essa avaliação nos traz à lembrança a prescrição hegeliana de que o Estado (como também a Constituição) deveria ser "essencialmente negativo", isto é, contrariar os interesses sedimentados e preponderantes na sociedade, porque eles, como regra, correspondem à mera reprodução ideológica dos grupos sociais hegemônicos³⁶. Como já dito por GERALDO ATALIBA, "a Constituição não existe para dar poder a ninguém, a Constituição existe para tolher o poder"³⁷. Mas por aí já se pode intuir as enormes dificuldades que enfrentariam um Estado e uma Constituição que se dispusessem a realizar seu verdadeiro destino - ou verdadeiro conceito, no dizer de HEGEL³⁸ -, isto é, realizar os interesses e necessidades de toda a comunidade, e não apenas de seus grupos e classes prevalecentes.

Há, entretanto, de se ter cuidado com o sentido da primeira causa de frustração constitucional apontada por BARROSO, em sua lúcida compreensão, isto é, a de que a Constituição muitas vezes não se concretiza por antecipadamente dispor o "irrealizável". Credite-se tal precaução ao fato de, contemporaneamente, como demonstrado pelo denso trabalho de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, na sua *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, as Constituições não mais se limitam a um mero compromisso com o presente e a uma passiva consolidação das experiências passadas. Dirigem-se elas também, num raio mais abrangente, ao futuro, muitas vezes impondo o que hoje se afigura impossível, é verdade, mas que, longe de uma desconexão com a realidade, são verdadeiros "planos" ou "programas permanentes" de ação política que visam a circunscrever a atividade dos legisladores, para que estes transformem o "irrealizável", nas condições presentes, em possibilidade concretas para o futuro. Nas palavras do professor português: "a concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um acto, é uma

³⁶ MARCUSE, Herbert. *Razão e revolução*, p. 67.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Tributário Nacional*, in Anais do Simpósio sobre o Sistema Tributário Nacional, p. 81

³⁸ Para a compreensão do significado de "Conceito" em HEGEL, veja-se MARCUSE, *op. cit.*, p.72 e ss

seqüência da actualização e não um <<estampido>> isolado; é, no plano político, uma luta democrática quotidiana renovada no sentido da realização dos fins e tarefas constitucionais"³⁹.

Também Kelsen apontava a dificuldade que os grupos e classes dirigentes, os detentores do poder, têm em submeter-se a normas gerais, a Constituição à frente, que lhes disciplinem a ação e limitem seu apetite de poder. Isso em clara contradição com a democracia, que é, antes de tudo, na sua avaliação, "racionalista" e "calculável", isto é, "Há (na democracia) uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta"⁴⁰. Daí, entender-se a prática costumeira, algo hipócrita, de os detentores do poder aprovarem leis - e até normas constitucionais - (que lhes sirvam de álibi⁴¹ para afastar o descontentamento popular), enquanto eles mesmos primam por, sorrateira e às vezes explicitamente, desrespeitá-las.

Muito bem! Se assim restou demonstrada a distância, o verdadeiro "abismo", a não-congruência entre a Constituição escrita e a *praxis* constitucional, isto é, a confirmação da efetividade constitucional como um problema, por outro lado, antes que se passe a enfrentá-lo, há ainda que se responder a alguns questionamentos que permanecem implícitos em toda essa discussão, quais sejam: mas, afinal de contas, qual a importância de uma Constituição efetivamente se cumprir? O quê, por fim, dá legitimidade a uma Constituição para que ela

³⁹ "CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 304, 406 e ss e também p. 151

⁴⁰ Kelsen, Hans. *A democracia*, p. 185 ss. Diz mais Kelsen: "A autocracia, por outro lado, despreza essa racionalização do poder. Evita, o mais que pode, qualquer determinação dos atos do Estado, especialmente a dos atos de um governante autocrático, por normas gerais preestabelecidas que possam implicar uma restrição de seu poder discricionário. Como supremo legislador, o autocrata não é visto como passível de submeter-se às leis que ele próprio põe em circulação: *princeps legibus solutus est*". Apesar de Kelsen falar em "poder autocrático", não parece ser infundada a dedução que essa fuga a controles é, na verdade, um característica de todo aquele que, ocupando o poder, se veja, pelas mais variadas razões, isento de controle prévio ou indene quanto a uma ação repressiva. Para não enfadar-se com exemplos, retenha-se apenas o último deles: a anistia pelo Poder Legislativo a um SENADOR DA REPÚBLICA por ter usado, em proveito próprio, recursos e serviços (gráficos) públicos em desrespeito à legislação eleitoral, aprovada pelo próprio Legislativo.

⁴¹ Sobre a idéia de "legislação álibi", veja-se NEVES, *op. cit.*, *passim*.

possa pretender obediência? ou seja, o que fundamenta a legitimidade de uma Constituição? É essa fundamentação que ora se intenta proceder.

1.3. A LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

"(...) se o nosso futuro dependesse... de uma instância última que, de cima, decidisse por nós (e aí a questão é, naturalmente, quem vai reconhecer essa instância última e quais serão as regras para reconhecê-la - aqui você de fato tem um regresso ao infinito...) eu seria totalmente pessimista. Se este é o caso, então estamos perdidos. Porque isso realmente exige que um novo deus apareça..."⁴²

HANNAH ARENDT

Ao perguntar pela importância da concretização-efetividade de uma Constituição, ergue-se o olhar por sobre o papel atribuído ao texto constitucional em uma determinada sociedade. O que se afirma é que respondendo à questão de qual a função cumprida por uma Constituição numa comunidade, torna-se mais nítido o parâmetro com o qual se deva aferir a sua necessidade.

Perquerindo-se, pois, sobre o papel desempenhado pela Constituição, transporta-se, inevitavelmente, a discussão para uma outra demanda central da Teoria do Estado e da Filosofia jurídica, qual seja: a questão da "legitimação-legitimidade de uma ordem de domínio (estrutura de domínio) e de sua fundamentação última da ordem normativa"⁴³. Tenta-se agora dar respostas a essa demanda.

⁴² ARENDT, Hannah *apud* ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Harent*, p. 204-205.

⁴³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 15

1.3.1 - PROBLEMAS DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO

Antes mesmo de se focalizar o problema de legitimidade constitucional, deve-se colocar em xeque a própria legitimidade do Estado contemporâneo, pois, como demonstrado por SMEND, em seu *Constitucion e Derecho Constitucional*⁴⁴, não há discussão que envolva o Estado que não acabe repercutindo na análise da Constituição e do Direito Constitucional.

Em primeiro lugar, para que o Estado constitucional mantenha o crédito de legitimidade, afastam-se, como premissa necessária, outras formas de fundação (que neguem a idéia de Constituição-constitucionalização) e de estruturação (que neguem o Estado constitucionalizado) do poder político, como é o caso, por exemplo, de uma revolução. Não que situações como essa - de ruptura completa com a ordem vigente - sejam impossíveis, mas são, como a seguir se mostrará, sob as condições presentes, bem mais improváveis.

Os instrumentos propiciadores de uma eficaz função legitimadora do Estado contemporâneo⁴⁵ indicam-nos que qualquer movimento ou grupo que queira participar do processo político e firmar-se como força hegemônica terá que reverenciar a atual organização constitucional (democrática) do Estado, isto porque, no dizer de HABERMAS⁴⁶, o Estado contemporâneo logrou constituir uma *concorrência regulamentada* entre as forças políticas, que conseguiu "desviar" a oposição gerada, por exemplo, pelo movimento operário (revolucionário), e que se revela, entre outras características, em:

- institucionalização do papel das oposições, incorporando-as ao interior do conflito formal;

⁴⁴ SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*, p. 39 e *passim*, onde se demonstra a interpenetração entre os temas Estado, Constituição e Direito Constitucional, no seguinte sentido: "não pode existir um direito constitucional satisfatório e operativo sem uma fundamentação metodológica clara e consciente em uma teoria geral do Estado e da Constituição".

⁴⁵ HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, p.234

⁴⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 234 e ss.

- *formalização e permanência do processo de legitimação;*
- *periodicização da oscilação da legitimidade e canalização da falta de legitimidade sob a forma de alternância do poder;*
- *"e, finalmente, tornou todos - enquanto cidadãos eleitores - participantes do processo de legitimação", neutralizando, em grande parte, através do processo político formal, a ação dos pólos ativos (à esquerda e à direita) de um processo de ruptura⁴⁷.*

Sobrepajar outras formas de estruturação do poder, no entanto, não implica uma consistente legitimidade, ou seja, o fato de, numa determinada sociedade, não eclodirem, a todo e a qualquer instante, processos revolucionários não significa que os governos, a curto prazo, e o Estado - a médio e a longo prazo - não passem por crises de legitimação. Para HABERMAS, as três grandes tarefas através das quais se pode avaliar hoje a capacidade dos governos de se estabilizarem como força legítima, dando continuidade ao Estado são:

- a - uma política conjuntural que garanta crescimento econômico;*
- b - uma ação orientada para as necessidades coletivas e que influencie a estrutura produtiva;*
- c - e as correções que devem ser efetuadas na "rede de desigualdades sociais"⁴⁸.*

A primeira das tarefas (item "a") postas aos governantes não se apresenta como uma questão ou problema eminentemente constitucional, a não ser no sentido de que qualquer plano de governo que consagre uma política de crescimento não pode ser levado adiante ao arrepio (negativo ou positivo) das normas constitucionais.

⁴⁷ HABERMAS, *op. cit.*, p.234

⁴⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p.235

As duas últimas, entretanto, são, sem dúvida, problemas que dizem respeito ao texto constitucional, pois é, em primeiro lugar, a Constituição o espaço privilegiado, no sistema jurídico-estatal, para fixação (normativa) do que sejam ou não (item "b") as necessidades públicas (coletivas)⁴⁹; e é somente porque as Constituições contemporâneas obrigam os governantes a corrigirem as desigualdades sociais (item "c"), que legitimam a si próprias (Constituições) e fornecem o estalão de legitimidade para a ação de grupos conjunturalmente governantes.

Se tudo, como parece, assim se passa, pode-se logo inferir os graves problemas de (des)legitimação com que, cronicamente, se defronta e defrontará o Estado (capitalista) contemporâneo, e que acaba por contagiar a própria Constituição. Isso, explique-se, se deve, entre outros motivos, pelo fato de que, no sistema capitalista, ninguém desconhece, é o Estado chamado com insistência a excluir-se da atividade e do processo econômico - v.g., o "canto" da privatização - na mesma medida em que é cada vez mais dependente do sistema econômico para dar conta da "socialização dos problemas", que marca a sociedade moderna e contemporânea. Realiza-se, assim, uma interessante divisão: ao mercado cabe o que há de eficiência e rentabilidade; ao Estado, os problemas e a miséria humana. É, segundo Habermas, como se o Estado ganhasse uma competência genérica para "lidar com defeitos".

⁴⁹ Tal afirmação em nada parece conflitar com as conclusões de ANTÔNIO CARLOS WOLKMER sobre um "sistema de necessidades humanas", pois, bem entendida, não quer ela significar que é na Constituição que se irão originar e definir, empírica e historicamente, as necessidades fundamentais do homem. Estas, as necessidades, como assinala WOLKMER, de maneira irretorquível, tidas, num sentido genérico e mais abrangente, para diferenciarem-se das carências, como *'todo aquele sentimento, intenção ou desejo consciente que envolve exigências valorativas, motivando o comportamento humano para a aquisição de bens materiais e imateriais considerados essenciais'*, têm sua origem no próprio processo histórico e a partir da experiência cultural de cada sociedade, não se limitando, dessa forma, *"às necessidades sociais ou materiais, mas compreendendo necessidades existenciais (de vida), materiais (subsistência) e culturais"* (WOLKMER, *op. cit.*, p. 216-217). O que se está, portanto, a se dizer é apenas que, num Estado democrático de direito (do ponto de vista do sistema jurídico estatal, pois), é na Constituição que se irá definir, normativamente, quais necessidades, nascidas na sociedade, serão consideradas públicas, evitando-se assim que grupos sociais hegemônicos possam, unilateralmente - estamos falando, rememore-se, de uma Constituição legítima -, impor as suas necessidades como sendo de toda a coletividade.

Portanto, há que se concordar com HABERMAS, que o problema hoje não é tanto o de desocultar (tarefa cumprida pelo marxismo) as relações entre Estado-capitalismo e as "denificações ideológicas de bem comum"⁵⁰, mas sim o de questionar se "os resultados da economia capitalista são o melhor modo, confrontado com outros sistemas, de satisfazer os interesses generalizáveis" ("necessidades públicas") e se o Estado é capaz de se conviver com "defeitos disfuncionais"⁵¹.

Resumindo o que até agora foi dito, pode-se afirmar, portanto, que o Estado só exercerá eficazmente seu papel legitimador se alcançar "êxito na execução das tarefas assumidas programaticamente" (positivadas privilegiadamente no texto constitucional), mas essa sua busca (por legitimidade) se dará sob condições nem sempre as mais profícuas⁵², que além das acima citadas, pode-se ainda lembrar: o conflito de objetivos na relação de complementaridade entre Estado e economia; o desenvolvimento do mercado mundial e internacionalização do capital que limitam a esfera de atuação do Estado, e o esgotamento da utilização da "identidade nacional" como meio de sedimentação social, entre outros⁵³.

Dessa forma, se, sob tais condições, não obtém o Estado níveis satisfatórios dos "efeitos disfuncionais" e se não consegue como contrapartida reduzir os níveis de expectativas da comunidade, tornam-se inafastáveis as crises de legitimidade⁵⁴.

Daí, a conclusão de HABERMAS de que "o fenômeno de deslegitimação caracteriza-se, antes de mais nada, pelos sintomas de uma áspera luta distributiva, que se trava segundo as

⁵⁰ HABERMAS, *op. cit.*, p. 236.

⁵¹ HABERMAS, *idem, ibidem*

⁵² Sobre as dificuldades do Estado em realizar suas tarefas institucionais, além de HABERMAS, *op. cit.*, p.236 e ss., veja-se FARIA, José Eduardo, *Justiça e Conflito*, p. 135 e ss.

⁵³ HABERMAS, *op. cit.*, p. 236-237.

⁵⁴ HABERMAS, *idem, ibidem*.

regras de uma relação de soma zero entre cota estatal, cota dos salários e taxa de lucros”⁵⁵. A taxa de inflação, segundo o mesmo autor, reflete apenas a incapacidade (o “grau de falência”) frente a enorme tarefa de garantir essa “soma zero” (estabilidade). E a “desagregação da política, ao contrário, indica a falência de alterar as estruturas de privilégios”⁵⁶.

Como se vê, ao contrário do que muitos afirmam (o que se diz da Constituição brasileira de 1988 é um bom exemplo), todo esse processo - que se desaba como peso morto sobre a legitimidade do Estado e da própria Constituição - se resolve real e diretamente na esfera política e econômica, e nada disso, ou pelo menos muito pouco, pode ser creditado a um texto constitucional.

Diante de tão desmedidos problemas, o próprio HABERMAS não se mostra convencido de que a forma de vida que se reflete “na distribuição de bens possa ser legitimada hoje (diante das alternativas abertas pelo sistema capitalista), como à sua época pode sê-lo por uma autor como HOBBS”, ou seja, fica-nos a interrogação: será que o nosso medo do período de barbárie (“guerra de todos contra todos”) nos afastará de nosso destino?

Concentrou-se neste estudo sobre a legitimidade do Estado, privilegiando-se conscientemente um autor como HABERMAS, apenas para demonstrar-se que muitas das críticas amiúde endereçadas à Constituição - que servem para bloquear o seu processo de concretização -, na verdade, deveriam ser dirigidas ao modo segundo o qual, econômica e politicamente, são, na sociedade, produzidos, organizados e distribuídos os bens da vida.

⁵⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 237

⁵⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 238

1.3.2. PROBLEMAS DE LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A proposição de que se deva concretizar ou tornar efetiva uma Constituição, traz implícita, como já dito, a premissa de que a Lei Fundamental (que se busca efetivar) seja uma resposta legítima às apreensões e necessidades de uma comunidade. Não, pura e simplesmente, uma legitimidade subjetiva, que pode muito bem ser uma compreensão falsa, correspondendo apenas a visão de uma restrita minoria e sendo imposta, como proposta hegemônica, à moda de GRAMSCI, como se fosse resposta legítima de todas as classes e grupos sociais.

Já em SÓCRATES, conforme HABERMAS, encontra-se uma dura crítica a critérios subjetivos do que seja a justiça. A partir do desenvolvimento de um conceito normativo de justiça, demonstrará o filósofo grego o singelo fato, na interpretação do mesmo HABERMAS, de "quem quer que chame algo de injusto tem de aplicar *standards* e poder também indicar o seu fundamento"⁵⁷. Isso permitiria fugir de um círculo vicioso, que, partindo de um critério subjetivo de justiça, devesse a ele retornar quando tivesse que se demonstrar seu estatuto de validade. O que se percebe, deste modo, nas discussões em torno do que seja justiça ou legitimidade, é o fato comum de os participantes elegerem um estalão ou critério (subjetivo, ideológico ou político) para avaliar a justiça ou legitimidade das ações dos outros e quando são questionadas sobre o que é que lhes fundamenta o critério utilizado, respondem circularmente: o próprio critério. Normatizar *standards* de justiça, sabe-se, não é de maneira nenhuma estabelecer um critério absoluto e perfeito, mas é pelo menos a maneira mais democrática de se evitar que as percepções de uns poucos sejam impostas a todos. Isso, é lógico, tendo como claro que a posituação de tais critérios será por todos participada.

Há aqui, é claro, um discurso implícito: o de que, no Estado Contemporâneo, é na Constituição que se pode haurir qualquer medida do que seja justo ou não, e isso só por si já

⁵⁷ HABERMAS, *op. cit.*, p. 242.

confere um alto padrão de legitimidade a qualquer texto constitucional que tenha democraticamente sido promulgado. Mas tal afirmação, sabe-se perfeitamente, não esgota todas as dificuldades de legitimação por que passam todas as Constituições atuais, e é a algumas dessas dificuldades que se irá referir.

Entre os filósofos modernos, é em HEGEL, contrariando o que muito se diz, que se irá encontrar um ardoroso defensor da constitucionalização do Estado como forma de legitimá-lo. "O Estado, dizia HEGEL, existe no mundo, com isso existe na esfera do arbítrio, do acaso e do erro; ações perversas podem desfigurá-lo de muitos lados"⁵⁸. Daí que para ele, o Estado, esse "hieróglifo da razão", precisaria superar sua desfiguração, organizando-se de acordo com uma Constituição⁵⁹. A confiança de HEGEL na Constituição, ensina LEANDRO KONDER, é antes de tudo "uma confiança na razão".

Uma Constituição seria tanto mais legítima quanto mais refletisse "a natureza do conceito de Estado"⁶⁰, e o conceito de Estado não se confunde para o filósofo alemão com o Estado existente, pois diz ele: "Um Estado ruim é um Estado que se limita a existir. Um corpo doente também existe, mas não possui mais uma verdadeira realidade. Uma mão cortada ainda parece ser uma mão real: ela continua existindo, porém não é mais efetiva"⁶¹. Diante disso parece ser possível afirmar que a Constituição (racional), que em HEGEL é o reflexo normativo do Estado, também ela, como o Estado-efetividade que ela pretende representar, não bastaria existir, mas deveria ser, para além disso, uma Constituição efetiva.

É certo que nem sempre existe uma convivência pacífica entre o Estado e a Constituição, sendo mesmo que um dos mais violentos ataques aos comandos constitucionais

⁵⁸ HEGEL, *Filosofia do Direito* (§258, acréscimo).

⁵⁹ KONDER, Leandro. *HEGEL: a razão quase enlouquecida*, p. 64 *ess.*

⁶⁰ KONDER, *op. cit.*, p. 65

⁶¹ HEGEL, *apud*, KONDER, *op. cit.*, p.66.

são desferidos por aqueles que ocupam o aparelho estatal. A isso se poderia, simplesmente, responder, com HEGEL, que o que aí se verifica é uma corrupção do conceito de Estado, melhor revelado pela Constituição, mas, para além de tal resposta, a relação entre a Constituição e as autoridades a que se dirige (principalmente os legisladores) é um dos temas centrais deste trabalho e será mais desenvolvido nos seus dois últimos capítulos.

Mas não é apenas em HEGEL que se pode buscar subsídios para se conceber a efetividade-continuidade como parâmetro para aferir a legitimidade do Estado e de sua Constituição. São muitos os que, como adiante se demonstrará, o afirmaram.

Já se disse que o monopólio do uso da força é condição necessária (por exemplo, WEBER), não suficiente, para a existência de um grupo político que se possa definir como Estado⁶². Necessário é o poder, mas não suficiente, porque, em todas as oportunidades acresce o próprio WEBER, tal poder deve ser legítimo. "Só um poder legítimo está destinado a perdurar no tempo, e só um poder duradouro - leia-se efetivo e contínuo - pode constituir um Estado"⁶³. Desta forma, também WEBER enxergara na continuidade (efetividade) da obediência de uma dada ordem normativa não só uma marca de sua legitimidade como também uma exigência para que qualquer associação humana se pudesse ter como associação ou grupo político. Nas suas palavras: "A uma associação de dominação denominamos associação política, quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de sua ordem, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidas de modo contínuo mediante ameaça e aplicação de coação física"⁶⁴.

Compulsando-se as obras dos autores que abordaram o assunto, constata-se que surge recorrentemente como elemento denotativo do conceito de Estado - e também da Constituição

⁶² BOBBIO, Norberto. *Ensaio Escolhidos*, p. 164, *passim*

⁶³ BOBBIO, op. cit., p 165

⁶⁴ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, p. 34

que lhe fundamenta - a idéia de "continuidade". Retenha-se, por todos, o que afirma BODIN: "Por soberania compreende-se o poder absoluto e perpétuo que é o próprio Estado⁶⁵". Por compreender a importância da continuidade na conformação da idéia de Estado e de Constituição, é que N. BOBBIO concluía em forma de questionamento: "pode-se considerar como soberano um grupo de bandidos que ocupa temporariamente uma povoação ainda que naquele momento (mas apenas nele) esse poder seja absoluto e tenha o monopólio do uso da força?"⁶⁶.

Registraram-se aqui estas considerações para que se torne clara a íntima relação mantida entre a efetividade-continuidade de uma ordem jurídica (e da Constituição) com a permanência ou continuidade do Estado. A efetividade de uma ordem constitucional (da qual ora se cuida) pressupõe, como visto, não só o monopólio do uso da força por um grupo independente (soberania), mas exige outrossim que tal poder seja habitualmente aceito. Não há como fugir a evidência de que tal constatação, de alguma maneira, acaba por homenagear uma tautologia: descobre-se, ao se discutir a legitimidade como pressuposto da efetividade constitucional (ou de Estado, ou da ordem jurídica como um todo), que essa mesma legitimidade pressupõe a sua efetividade-continuidade. Mais esse defeito lógico não é assim tão imprestável, serve eficientemente para comprovar o fato tantas vezes intuído de que uma boa forma de se negar legitimidade a uma Constituição é negar-lhe efetividade e concretização, sendo o contrário também verdadeiro.

Por ora, tenham-se presentes mais uma vez as palavras de BOBBIO: "A dissolução de um Estado começa quando as leis deixam de ser geralmente obedecidas, e quando os órgãos executivos não têm mais condições de fazê-las obedecer"⁶⁷, ou, mais adiante, em fórmula que muito mais se aproxima dos propósitos deste trabalho, consoante a qual "o princípio da

⁶⁵ BODIN, J. *apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 165

⁶⁶ BOBBIO, *op. cit.* 165

⁶⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p. 165

efetividade" significa a constatação de "que existe um ordenamento jurídico (pela teoria pura do direito o Estado se resolve num ordenamento jurídico) quando as normas emanadas de tal ordenamento não são apenas válidas mas também eficazes, isto é, são de modo geral observadas nas suas grandes linhas"⁶⁸.

Se há alguma verdade no que até agora foi relatado, só se pode concluir que um nível muito intenso de inobservância das normas jurídicas (e as principais são as constitucionais) pode vir a comprometer a própria idéia de Estado. Não é por outra razão que, ao identificar situações em que as normas jurídico-estatais sofrem um questionamento muito acentuado, não mais alcançando efetivação, JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR as interpreta como configuradoras de uma verdadeira "ANOMIA"⁶⁹.

1.3.2.1. CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E PLURALISMO JURÍDICO

Poderia também parecer que uma inafastável e acintosa crítica à idéia de concretização constitucional proviria das teorias identificadas com o pluralismo jurídico. Antes de tudo deve-se dizer que, embora se tenha claro que esta é uma discussão cuja magnitude não se contém nos limites estreitos desta dissertação e que portanto qualquer resposta tende a resvalar em afirmações levianas, até onde se pode vislumbrar este problema, não se afigura correto o entendimento de que entre a Constituição e a idéia de pluralidade de ordenamentos exista um abismo intransponível. Explica-se porque.

Do lado dos constitucionalistas, as concepções mais modernas não enxergam qualquer dificuldade em conceber-se a convivência harmônica entre a Constituição e normas jurídicas

⁶⁸ BOBBIO, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁹ SOUSA JR., *op. cit.*, *passim*

informais, providas de outros centros de produção normativa. Chega-se mesmo a afirmar que uma coexistência assim, para além de possível, seria mesmo profícua para todos os sistemas normativos envolvidos. Segundo CANOTILHO, v.g., ao contrário do que se pensa e afirma, "o acolhimento de regras constitucionais informais, no âmbito do *Direito Constitucional*, não significa a dissolução da Constituição formal na velha 'Constituição real', nos factos políticos"⁷⁰.

Este autor chega mesmo a sugerir alguns requisitos, geralmente esquecidos por uma certa "euforia informalista", que deveriam ser preenchidos pelas normas informais para que pudessem ser acolhidas como verdadeiras normas constitucionais. São eles:

a) devem essas normas "constituir expectativas regulares de comportamento", com o que, além de ganharem "profundidade institucional", o que possibilita a sua utilização como legítimas "regras de comportamento e decisão", essas normas se qualificariam também com os atributos da continuidade e permanência, que, como se viu, devem ser considerados como qualidades essenciais de uma ordem normativa;

b) devem também as normas informais manter-se conectadas imediatamente "com as normas (e valores) jurídico-constitucionais", com isso escapando de ser confundidas com tantas outras normas ditas informais que por não encontrarem fundamento nos valores mais caros à comunidade nacional, consagrados no texto constitucional, enfrentam a repulsa da sociedade, como é o caso ilustrativo das imposições do crime organizado à população das favelas do Rio de Janeiro;

⁷⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 21

c) por fim devem tais normas, segundo CANOTILHO, encontrar um "fundamento de validade jurídica", através de um "consenso processual e material", com o qual se possibilita diferenciar os centros legítimos de produção normativa e de "formação da vontade política"⁷¹.

Do lado dos teóricos pluralistas também não parece haver inconvenientes quaisquer numa vivência comum entre uma Lei Fundamental e a idéia de pluralismo jurídico. Isso pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, deve-se dizer com ROBERTO LYRA FILHO, em sua concepção dialética e pluralista de direito, que não se trata de infirmar o caráter jurídico de todas as normas estatais (a Constituição junto), mas, em verdade, cuida-se de recusar a idéia divulgada pelo monismo jurídico de que só na produção jurídico-estatal se encontra o verdadeiro direito⁷².

Num segundo momento, há uma clara coesão das diversas concepções pluralistas hoje correntes no Brasil em enxergar como novos espaços de conquista jurídica precisamente as normas constitucionais consagradoras de direitos que, pelo fenômeno da não-concretização, aqui estudada, têm sido postergados em sua realização. ANTÔNIO CARLOS WOLKMER resume bem esse entendimento ao afirmar que "A luta por (...) novos direitos por parte dos setores comunitários intermediários representados, sobretudo, pelos movimentos sociais organizados, se efetiva em duas frentes"⁷³, uma das quais é exatamente "A exigência para tornar eficazes os direitos já alcançados e proclamados formalmente pela legislação oficial estatal"⁷⁴. Ora, ninguém desconhece que, dentre os direitos "alcançados e proclamados

⁷¹ Todos esses requisitos são arrolados por CANOTILHO, no seu *Direito Constitucional*, p. 21 e 22

⁷² LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*, p. 118-119 e também *Para um direito sem dogmas*, p.19

⁷³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p.82

⁷⁴ WOLKMER, *idem*, *ibidem*.

formalmente", isto é, as normas que, embora válidas, não encontraram realização efetiva dos direitos que veiculam, adquirem proeminência as normas constitucionais.

Nesse sentido, pois, é que, tendo observado em ambas as direções (do Direito Constitucional e do pluralismo jurídico), não parece improvável a tese de que a concretização das normas constitucionais não só se mostra condizente com a idéia de pluralismo jurídico, como, de fato, parecem ser mutuamente complementares.

Para finalizar essa discussão em torno da legitimidade da Constituição, segue-se uma análise de como os próprios constitucionalistas têm compreendido esse tema.

1.3.2.2. OS CONSTITUCIONALISTAS E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

O problema da legitimidade não é um tema novo para os juristas que se especializaram no Direito Constitucional. Na verdade, não há constitucionalista que com ele não tenha se defrontado, pelo menos no que aqui nos interessa: a legitimidade das constituições escritas.

KARL LOEWENSTEIN⁷⁵ já advertia para a importância das constituições escritas. E nesse sentido, dizia, a melhor Constituição nada mais é do que a que alcance em torno de si o maior consenso dos atores e grupos sociais, ou seja, falar em legitimidade constitucional é falar de compromisso⁷⁶.

⁷⁵ LOEWENSTEIN, KARL. *Teoria de la Constitucion*, pp. 160 e ss

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

Tinha LOEWENSTEIN a compreensão de que a Constituição ideal é como sonho irrealizável socialmente, "jamais será alcançada"⁷⁷. Isso porque não há Constituição que dê conta da "tensão entre os grupos" sociais e que "enquadre todos os Estados"⁷⁸.

LOEWENSTEIN nada mais fez que constatar o que PETER HÄRBERLE⁷⁹ metaforicamente inferiria mais tarde ao pesquisar o mesmo tema: se a Constituição, dizia HÄRBERLE com outras palavras, não pode ser um "Supermercado" em que caibam todos os interesses, também é verdade que ela não pode ser um loja de artigos do séc. XIX em que seja ofertado apenas o que apeteça à burguesia.

Uma Constituição que não abrigasse em seu seio os diferentes e por vezes conflituosos pontos de vistas políticos, insertos na sociedade, tenderia, na visão destes doutrinadores, a arregimentar contra si a "indiferença dos seus destinatários", acarretando a sua "desvalorização"⁸⁰. Assim, pode-se perfeitamente deduzir o quanto tentativas de determinados setores (normalmente os social e economicamente mais poderosos) de fazer com que a Constituição brasileira seja uma Constituição sintética (leia-se: represente apenas os seus interesses) serão tentativas destinadas ou ao fracasso ou ao esvaziamento da força normativa da Constituição. Poder-se-ia dizer, adaptando os ensinamentos de PIAGET⁸¹, que sofrem essas elites de uma espécie de *egocentrismo constitucional*, querem impor aos outros grupos e classes sociais aquilo que a elas parece o mais importante e pertinente a um texto constitucional.

⁷⁷ Idem, p. 164.

⁷⁸ Idem, ibidem.

⁷⁹ HARBERLE, Peter apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador*, p.96

⁸⁰ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 222 e também HÄRBERLE apud CANOTILHO, ob. cit., p. 96 e ss.

⁸¹ FREITAG, Bárbara. *PIAGET e a Filosofia*, p. 29. Segundo PIAGET, na interpretação de FREITAG, egocentrismo caracterizar-se-ia pela fase da criança em que ela pretende que a sua moral, ou seja as normas segundo as quais ela se conduz no mundo, seja a mesma para todo mundo.

LOEWENSTEIN arrola uma série de exemplos de desrespeitos à Constituição⁸², que deveria ser observada plenamente, perpetrados em diversos países, com muito mais tradição constitucional que o BRASIL (força de defesa nacional no JAPÃO, onde isso era proibido; proibição, desrespeitada em quase todos as nações, de delegação legislativa ao Executivo, em situação não admitidas constitucionalmente; "resoluções federais urgentes", na SUÍÇA; segregação racial nos E.U.A., etc.), que comprovam que o não-cumprimento da Constituição não é propriamente uma tradição apenas brasileira.

Constate-se também que o que este jurista chama de inobservância constitucional não se confunde com as divergências de interpretação surgidas por injunções de cada grupo social (político, econômico, etc.), na busca de seus interesses. O que o autor entende por "inobservância constitucional" é a efetiva concretização de uma disposição legal em "contradição com a suposta obrigatoriedade inalienável da lei fundamental"⁸³.

Não se pode, considerando tudo quanto acima foi dito sobre uma Constituição distanciada das necessidades básicas da maioria da população de um país, senão concordar com LOEWENSTEIN⁸⁴, quando afirma ser "difícil" acreditar que a Constituição poderia representar algo, "em qualquer lugar, para o homem médio (triturado entre as forças de cima e de baixo)", ao mesmo tempo em que ela fizesse tábula rasa de seus interesses. Por isso que o comportamento de qualquer homem do povo frente a "sua constituição" só poderia ser de indiferença, na medida em que esta também se mostrasse "indiferente ante ele"⁸⁵.

⁸² LOEWENSTEIN, op. cit., p. 223 e ss.

⁸³ idem, ibidem.

⁸⁴ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 229.

⁸⁵ Idem, ibidem. Há aqui, obviamente, uma adaptação do pensamento de LOEWENSTEIN, que se referia a Constituições que efetivamente se mostravam indiferentes com os anseios da maior parte da população. A adaptação que se realizou é, como se vê, mais generosa com as Constituições atuais.

Compreensível, pois, que LOEWENSTEIN não faça outra coisa que não seja identificar a perda do que chamava de "sentimento constitucional"⁸⁶, nas sociedades a ele contemporâneas. Deixando claro, em passagem já clássica, que a tendência ao esvaziamento do "sentimento constitucional" seria quase que natural, já que "A constituição não pode salvar o abismo entre pobreza e riqueza, não pode trazer nem comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, isto é, as necessidades essenciais da vida"⁸⁷. Para o autor, as decisões que verdadeiramente importavam seriam, no mais das vezes, tomadas para além da Constituição, como é o exemplo de negociações amplas, envolvendo governo, empresários e sindicatos.

Outro autor que lidou com o problema, no âmbito estrito do Direito Constitucional, foi o professor alemão KONRAD HESSE⁸⁸, também ex-juiz do Tribunal Constitucional de seu país. Analisando as condições de realização de uma Constituição, HESSE acaba por chegar ao mesmo questionamento que vem, através das décadas, incomodando os juristas: qual papel deve cumprir uma Constituição na sociedade? Deve ela se limitar a reproduzir normativamente as condições reais (políticas, sociais, econômicas e ideológicas) aí existentes, ou, pelo contrário, deve ela ser uma sugestão para o futuro, veículo que se destina a transportar mudanças?

À idéia de FERDINAND LASSALLE, hoje clássica, de que a Constituição formal para condicionar a sociedade (dizer-se, pois, legítima) deveria coincidir com a Constituição real, HESSE lançava o problema de saber qual a função cumprida por uma Constituição que não se restrinja à mera reprodução da "anatomia social e política da sociedade"⁸⁹, mas que almeja, diversamente, transformar essa sociedade (uma Constituição dirigente, no dizer de

⁸⁶ Por "sentimento constitucional", segundo o autor, "Se poderia descrever aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes, político-partidárias, econômico-sociais, religiosas e de outro tipo, integra a detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade.", LOEWENSTEIN, *op. cit.* p. 200.

⁸⁷ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 229.

⁸⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Direito Constitucional*. p. 1 e ss, p. 79 e ss.

⁸⁹ HESSE, *op. cit.*, p. 62

CANOTILHO). Neste questionamento radica a maior dificuldade de compreensão de Constituições como as contemporâneas, "com várias normas e imposições que postulam do legislador providências de reforma, não só de adaptação às atuais condições sócio-político-econômicas"⁹⁰ ?

O caso limite de uma Constituição efetiva, sabe-se, dar-se-ia com aquela que materializasse uma perfeita coincidência entre a Constituição formal (jurídica) e a Constituição real (socialmente existente). Mas tal caso limite, como demonstrado por LOEWENSTEIN, retromencionado, é uma idealidade, por ser impossível uma completa realização da Constituição formal, graças à constante tensão entre a realidade, flutuante e irracional, e a normatização estatal, positiva e racional. Para autores como LASSALLE, o que daí se infere é uma necessária submissão da norma constitucional (dever-ser) ao poder (ser da política), transformando o Direito Constitucional em um apêndice da própria política.

A única maneira de escapar a esse trágico destino, demonstrando-se a fragilidade daquela conclusão, seria, assegura HESSE, identificar a força própria da Constituição: a sua força normativa⁹¹. Não há, diz HESSE, um isolamento, no Direito Constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever-ser, o que levaria ou "a uma realidade vazia de normatividade ou a uma norma sem realidade"⁹². A norma constitucional não se confunde, em seu entender, com suas condições de realização, pois é ela sempre "mais do que isso". É ela "condicionante e condicionada"⁹³, ou seja, é sempre uma "coordenação correlativa" entre a Constituição real e a Constituição normativa⁹⁴. Dá-se aí, explicitamente, uma identificação de HESSE com os ensinamentos de HERMAN HELLER, para quem "a existencialidade e a normatividade do

⁹⁰ HESSE, *idem, ibidem*

⁹¹ HESSE, *op. cit.*, p. 64

⁹² HESSE, *op. cit.*, p.65

⁹³ Como se vê, o autor incorpora as deduções de HERMAN HELLER, como a seguir se afirma. Veja-se o próprio HELLER, Herman. *Teoria do Estado*, p. 318 e ss.

⁹⁴ HESSE, *op. cit.* p. 66

poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente"⁹⁵.

A norma constitucional tem, como qualquer norma, uma "pretensão de vigência", sem o que seria uma sem-sentido (isto é, uma norma que existisse para não regular as condutas sociais). Mas essa "pretensão" opera sob certas condições, que têm os seguintes "limites e possibilidades" (que parece identificar também as condições de sua legitimidade e conseqüente força normativa):

a) *conexão com a realidade*: deve a norma constitucional corresponder, sem se submeter completamente, a realidade a que se dirige - não só incorporar as circunstâncias sociais, políticas e econômicas, mas também "a situação espiritual de sua época"⁹⁶; deve refletir princípios gerais e não interesses momentâneos, para que não seja vítima de mudanças constantes, que acabam por implicar a "conseqüente depreciação de sua força normativa"⁹⁷; não pode significar a Constituição uma estrutura unilateral, numa realidade política e social cambiante, isto é, para que seus princípios fundamentais se mantenham, deve admitir algo da "estrutura contrária", como, *e.g.*, não se identificar com uma única visão de mundo, aniquilando o pluralismo político;

b) A segunda das condições de realização do texto constitucional é a que HESSE denominou *vontade de Constituição*, que importaria, por sua vez, em reconhecer: b.1) consciência de sua necessidade (da Constituição); b.2) convicção de uma ordem legítima é necessária; e b.3) que não é uma ordem do intelecto, mas também uma ordem de vontade⁹⁸.

⁹⁵ HELLER, *op.cit.*, p. 327

⁹⁶ HESSE, *op. cit.*, p. 72

⁹⁷ HESSE, *op. cit.*, p.73

⁹⁸ Aqui também há identidade com os posicionamentos de HELLER, que afirmava : "Não existe norma nenhuma, que como tal, já seja um fator da vida social, só pode ser tal mediante a sua concretização através de atos reais da vontade humana", *op. cit.*, p. 14

Ao nível concreto, diz, a *vontade de Constituição* implicaria sacrifícios a algumas vantagens, inclusive lícitas: "Quem conscientemente sacrifique algum interesse a um mandado constitucional reforça o respeito à Constituição, cuidando assim de um bem imprescindível para todo Estado e em particular para o democrático"⁹⁹. Quem, ao contrário, recusa este sacrifício, "dilapida um capital que supera todas as vantagens alcançáveis e que, um vez dilapidado, resulta irrecuperável"¹⁰⁰

Percebe-se, portanto, também neste autor, a íntima relação mantida entre a legitimidade e a efetividade da Constituição. A Constituição legítima é aquela que encontra aceitação e observância por parte de seus destinatários, mas, dialeticamente, tal Constituição só encontrará tal aceitação e observância se refletir a realidade e expectativas generalizadas da comunidade (não apenas de grupos determinados), e assim, pois, se for legítima.

Para concluir essa discussão, da legitimidade constitucional, em que, ao mesmo tempo, se circunda os limites e possibilidades da concretização constitucional e fundamenta a certeza de sua necessidade (de efetivação da Constituição), passa-se a analisar a contribuição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO sobre o tema.

Capta-se, no autor, a importância do estudo da legitimidade da Constituição a partir de sua consideração do que são, hoje, os três "motes" do direito público atual¹⁰¹:

a) *a perda de crença em mundividências, ideologias ou religiões, autoritariamente heterônimas, nas chamadas "sociedades abertas pluriclassistas";*

b) *"as tendências para a crise de legitimação";*

c) *a responsabilidade do Direito Constitucional na "sua qualidade de justiça".*

⁹⁹ HESSE, *op. cit.*, p. 73

¹⁰⁰ HESSE, *idem, ibidem*

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p.114

Especificamente, no âmbito da discussão em torno da legitimidade da Constituição, à consideração da Constituição como "reserva de justiça", historicamente repetida, impõe-se o problema de se responder qual é o fundamento dessa "justiça", resposta para a qual as variantes positivistas (tanto política quanto jurídica) são evidentemente "insuficientes"¹⁰². Do ponto de vista político, a Constituição "não é (apenas) uma resultante de relações de poder e de interesses, de forças sociais"¹⁰³, uma vez que, ainda que esses fatores sejam de inegável relevância, não esclarecem se, no âmbito da Constituição real e no momento constituinte, se prestaram ou não a uma "justa ordenação"¹⁰⁴. Do ponto de vista jurídico, o positivismo não consegue responder à restrição de que não auferem a Constituição a sua legitimidade no fato apenas de ser legal, isto é, "não é pelo mero fato de se considerar a lei constitucional como produto da vontade de um 'legislador constituinte' legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a 'justificação' moral de tal produto". Sugere-se aí, nessas palavras, claramente, a influência de HELLER e HESSE.

Defrontando-se com o problema da legitimidade da Constituição, assegura CANOTILHO que, para além de qualquer legitimidade formal, a Constituição a ser criada por um poder constituinte "deve ser uma reserva de justiça"¹⁰⁵, o que significa que "as normas e princípios constitucionais não devem esgotar na sua positividade antes devem aspirar a ser um direito justo" ¹⁰⁶. Para CANOTILHO, então, não basta à Constituição uma legitimidade fundada em mero revestimento formal, mas exige-se-lhe, além disso, que seja "intrinsecamente válida" (...) "Ainda noutros termos: a Constituição não se basta com o manto da legalidade; exige ou postula a dimensão mais profunda da legitimidade".

¹⁰² CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 115

¹⁰³ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 116

¹⁰⁴ CANOTILHO, *idem, ibidem*

¹⁰⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p.115.

¹⁰⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p.113

Colocado assim o problema, insere-se a legitimidade da Constituição no seio da seguinte questão: "como deve atuar o poder constituinte para introduzir no texto constitucional soluções materialmente justas e como se pode controlar a 'maldade' ou 'bondade' intrínseca da Constituição?"¹⁰⁷.

Confrontando-se com as mais novas teorias sobre a legitimidade - "legitimidade pelo procedimento" (LUHMANN) e "legitimidade pelo consenso" (HABERMAS) -, sem desprezar a importância da primeira, admite CANOTILHO estar mais seduzido pela idéia de HABERMAS de uma legitimidade como "diálogo livre de domínio de todos com todos"¹⁰⁸.

Fundamenta a sua opção por estarem associadas na concepção habermasiana duas idéias tradicionais da filosofia política: (1) a idéia de autonomia (de inspiração kantiana), ou seja, qualquer indivíduo é uma instância moral igual à dos outros; (2) a idéia de democracia (de inspiração rousseauiana), dado que é "a vontade de todos" a decidir sobre os fins políticos da sociedade. Essa retomada contemporânea da idéia de contrato-consenso a justificar a legitimidade afigura-se mais rica, ao autor, do que o "justo" do procedimento, isso porque a justiça contratual (pelo consenso) confere uma fundamentação mais razoável à presunção de justiça ou de legitimidade de uma Constituição concreta, uma vez "que todos os cidadãos livres e iguais puderam (pelo menos teoricamente) participar"¹⁰⁹.

Não obstante tudo isso, o "consenso fundamental" não explica, de per si, a justiça intrínseca da Constituição, sendo apenas uma presunção de sua legitimidade¹¹⁰, esta continua

¹⁰⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 114

¹⁰⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 118

¹⁰⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 118.

¹¹⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 118

sendo "a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (HABERMAS) e a convicção por parte da coletividade, da sua "bondade intrínseca""¹¹¹. Como pode isso ser aquilatado?

Segundo CANOTILHO¹¹², uma Constituição cumpre o papel de, no mínimo, fundamentar, numa sociedade, I) uma *ordem de domínio* e uma II) *ordem jurídica*; deixando ainda, entrever, pelo acima referido, que também ela, a Constituição asseguraria III) uma (possível, não absoluta) *ordem de justiça*.

I) A Constituição como fundamento de uma ordem de domínio seria a possibilidade democrática de, afastando-se explicações teológicas ou naturais, justificar "a existência de um poder ou domínio sobre os homens e aceitação desse domínio por parte destes"¹¹³.

II) A Constituição como fundamento de uma ordem jurídica significaria a "justificação ou crítica da legitimidade interna do direito (e, portanto, também do direito constitucional)", e essa justificação "impor-se-á como uma necessidade jurídico-material quando se quer defender o direito contra instrumentalizações arbitrárias e se tenta assegurar-lhe um <<apoio>> ou <<fundamento específico>>, fonte da sua dignidade e garante das suas pretensões"¹¹⁴.

III) A Constituição como fundamento de uma ordem de justiça traduz-se na idéia, supramencionada, com inspiração em HABERMAS, de uma *dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional*, que compreenderia "dois aspectos fulcrais de qualquer ordenação da *res publica*: (1) o processo e (2) o bem comum (o justo comum)"¹¹⁵. Explica o autor a necessidade da presença de ambos os aspectos em função de que "se o primeiro aspecto é

¹¹¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 118

¹¹² CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 15

¹¹³ CANOTILHO, *idem*, *ibidem*

¹¹⁴ As duas citações são retiradas do mesmo texto, CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 15

¹¹⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 19

importante, dado que não é suficiente a *distribuição de bens* dentro da ordem pressuposta ou posta - o domínio legal e legítimo não se basta com qualquer processo de fixação -, também a insistência unilateral no processo justo - há aqui uma explícita crítica ao modelo de legitimação pelo procedimento de LUHMANN -, com a apodíctica dedução de que a um processo justo corresponde uma *justiça intrínseca* - a estrutura processual a determinar a substância - deixa na sombra a específica exigência da normatividade material do Estado Democrático-Constitucional"¹¹⁶.

Também afirma CAPPELLETTI serem as Constituições atuais o parâmetro de justiça possível. Segundo ele, "A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico"¹¹⁷, ao que completa com elegância: "*Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa - talvez impossível, talvez faustiana, mas profundamente humana - de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de definir, em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir - o Absoluto*"¹¹⁸.

Sintetizando as idéias até aqui expendidas, pode-se asseverar, então, numa primeira conclusão, que a Constituição encontra a sua legitimidade nos seguintes aspectos: (I) ao fundamentar, democraticamente, na sociedade, por um lado, uma **ordem de domínio**, transformando-se num programa de imposições legítimas; (II) ao fornecer os parâmetros de uma **ordem de justiça**, não o *justo absoluto* (ideal e verdadeiro), impossível numa sociedade antagônica, cindida por interesses e necessidades conflitantes, mas aquele *justo comum*, de que

¹¹⁶ CANOTILHO, *idem*, *ibidem*

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade da leis no Direito Comparado*, p. 125 e ss.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 130.

fala CANOTILHO, se não consensual, pelo menos compromissório¹¹⁹; (III) e, por fim, ela (a Constituição) encontra sua legitimidade, ao conferir fundamentação, ainda, numa comunidade, à sua *ordem normativa*, servindo-lhe, como sabemos desde KELSEN, de estalão maior de validade jurídica das normas estatalmente geradas, dando-lhe assim coerência e autonomia auto-reflexiva.

Respondendo, pois, sobre a necessidade de uma Constituição, democraticamente surgida, concretizar-se, pode-se dizer que a ela se deve o estabelecimento de três níveis de racionalidade para a sociedade nacional: *racionalidade política, racionalidade ética e racionalidade jurídica*. Não uma racionalidade absoluta, como bem demonstra CANOTILHO, mas pelo menos uma racionalidade possível, medida necessária para a convivência humana, enquanto os homens acreditarem que o discurso e a razão podem superar a violência como meio de resolução de seus conflitos¹²⁰.

Situada desta maneira a argumentação, fácil é compreender que uma não-concretização constitucional em níveis absolutamente intensos, como historicamente vem ocorrendo no Brasil¹²¹, originaria, como sua consequência, uma disfuncionalidade naquelas três esferas de racionalidade, tornando a já complexa vida em sociedade algo cada vez mais impossível. Guardando as proporções e dimensões históricas devidas, é como se a falta de parâmetros (éticos, jurídicos e políticos), ocasionada em grande medida pela não-efetividade constitucional, se consubstanciasse, sem a ressurreição de HOBBS¹²² para solucioná-la, na contemporânea "guerra de todos contra todos". Não, é claro, que tal "guerra" se apresente como um embate público de todos os cidadãos armados uns contra os outros, mas, isto sim,

¹¹⁹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 141; ver também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*, p.03, para quem a Constituição brasileira de 1988 é um típico exemplo de constituição compósita (compromissória), o que para ele parece encerrar um defeito, não uma qualidade.

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, p. 08 e CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 42 e ss.

¹²¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 5 a 39 e também NEVES, *Constitucionalização Simbólica*, *passim*

¹²² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 103 e também *Do Cidadão*, p. 27 e ss, especialmente, p. 38

como uma disfuncionalidade social tal que impossibilite uma necessária generalização congruente de expectativas, no dizer de LUHMANN¹²³, ou da *previsibilidade de condutas*, como diria WEBER. Disfuncionalidade essa tão flageladora (vide a situação brasileira), às vezes mais, para o convívio social quanto qualquer guerra civil.

Com a análise dessas várias teorias em torno da legitimidade da Constituição, buscou-se demonstrar que a possibilidade de concretização/efetivação de uma Constituição radica antes de tudo em sua legitimidade, não sendo de se esperar que vigore (por muito tempo) um texto constitucional que não encontre correspondência nas aspirações historicamente confirmadas de uma sociedade. Por outro lado, nenhuma sociedade, como afirma HESSE, rompe impunemente com sua Constituição, são sempre trágicas as consequências de tal ruptura¹²⁴.

Mais uma vez, pois, o problema da legitimidade da Constituição parece ser reconduzido ao terreno de sua aceitação e vivência pela comunidade a que ela se destina. Ressurge, assim, o paradoxo da concretização constitucional: uma Constituição para ganhar vida - tornar-se efetiva e concreta - e regular as condutas dos que a ela encontram-se submetidos carece de legitimidade, mas, paradoxalmente, ela só encontrará legitimação (que é mais ampla que a idéia de legitimidade) se, correspondendo-lhes a realidade, os interesses, as necessidades, obtiver concretização por parte de seus destinatários, isto é, carece de ser observada, cumprida, aplicada e executada.

¹²³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 30 e ss.

¹²⁴ Tem-se, por óbvio, que tal conclusão, de índole mais política e sociológica, não exclui, de forma alguma, a afirmação de que, do ponto de vista jurídico, toda a realidade e comportamento que contrariem a Constituição, seja individual ou coletivamente, serão sempre uma realidade e um comportamento inconstitucionais. O que se está a afirmar é que toda a discussão ora travada sobre a legitimidade da Constituição não afasta o fato de que, juridicamente, práticas e ações inconstitucionais, mesmo que partam do conjunto da população, continuaram a ser isso mesmo, inconstitucionais. Lembre-se também que a legitimidade de uma Constituição não se afere no confronto momentâneo entre as suas normas e as aspirações momentâneas da coletividade, isto é, situações inconstitucionais serão sempre inconstitucionais, pois uma norma de conduta que infrinja a Constituição não se "constitucionaliza" pelo uso ou costume. Resumindo tais idéias, pode-se dizer que a legitimidade (jurídica) de condutas, coletivas ou não, é na Constituição que se deve buscar. Sobre o tema ver CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 237

Se tudo isso é verdade, compreende-se facilmente que, mesmo nascendo legítima, refletindo de maneira genérica as mais caras e fundamentais necessidades e aspirações de um povo, pode uma Constituição, por um processo espúrio de negação (não-execução, não-aplicação e não-observância), não apenas não se tornar concreta (uma Constituição viva), como também perder a legitimidade inicial. Relembre-se: Constituição legítima é antes de tudo Constituição que se cumpre.

É bem verdade que a não-observância de uma Constituição pode ser resultado do surgimento de uma desconfiança generalizada e permanente, que não existia à época de sua promulgação, por parte de toda a comunidade. Uma Constituição assim, por tudo, só tem um destino: o lixo da história. Evidentemente não é desse tipo de Constituição nem de inobservância constitucional que aqui se cuida. Trata-se, neste espaço, de uma espécie de não-concretização constitucional, a mais comum, em que o texto constitucional, embora não experimentado pelo conjunto da coletividade e ainda representativo de seus interesses, é negado e afrontado, não por um acordo-consenso de "todos com todos", mas pela omissão ou ação inconstitucionais daquele que é o destinatário privilegiado das imposições constitucional: o legislador.

Ora, pode o legislador, num Estado democrático de direito, negar aplicação ao texto constitucional, não emitindo as normas infraconstitucionais que lhe implementam a eficácia, ou afrontando-lhe o texto e o sentido através de normas inconstitucionais? A questão não é assim tão simples. Não basta ao problema a resposta de que se encontra o legislador vinculado pela Constituição, constituindo-se um desrespeito jurídico inaceitável o fato de ele, legislador, negar-lhe aplicação. Pois, como já dito, a concretização da Constituição pressupõe em grandiosíssima medida a sua interpretação. Perguntar-se-ia, desnudando-se apenas um dos aspectos do problema: em que medida e em que sentido se encontra a interpretação do legislador vinculada pela Constituição, um texto legal essencialmente aberto e indeterminado? E mais: quem, no Estado de direito, democraticamente constituído, teria o direito e o poder de

controlar esses limites - se é que eles existem - impostos ao legislador, este, sim, legitimamente ungido pelo voto popular?

Antes de enfrentar essa tormentosa questão, da vinculação do legislador (aspecto central em qualquer discussão em torno da concretização constitucional), far-se-á, a seguir, uma incursão nos diversos estudos realizados em torno da eficácia da norma constitucional, concentrando-se na produção de autores nacionais, ao final da qual restará demonstrado o fato de que, afora as classificações das normas constitucionais, quanto à sua aptidão formal para produzir efeitos jurídicos, quase tudo está por ser feito no que se refere às condições de concretização e efetivação do texto constitucional, principalmente no que pertine à inércia do legislador.

2 - OS EFEITOS E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

AS CLASSIFICAÇÕES DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO AOS SEUS EFEITOS

"Como todas as classificações bem pensadas, é esta útil e clara, como todas as classificações, é falsa"

Fernando Pessoa, in *Obra Poética*, p. 132, sobre a classificação da poesia feita por Aristóteles.

As mutações por que tem passado a sociedade brasileira impuseram um redimensionamento normativo-constitucional do Estado¹. Tal evolução (de Estado liberal a Estado democrático-social), ao menos no nível constitucional, impôs uma nova perspectiva também em relação às normas constitucionais, para a qual já não fornecem uma resposta satisfatória, como se verá, as mais conhecidas classificações, na Teoria Constitucional brasileira, das normas constitucionais. Não que tenha havido erro por parte dos autores que realizaram essas classificações. A verdade, no entanto, é que eles conscientemente concentraram as suas atenções, quase que exclusivamente, em um único dos vários elementos que condicionam a realização do texto constitucional, qual seja: a eficácia formal de suas normas.

Além de destinado, teoricamente, a realizar uma recuperação sintética de tais classificações, este capítulo, insistindo no que historicamente não tem sido discutido, busca ainda, no plano prático, aquela "força mágica"² (HEGEL) de, ao "permanecer", fazer com que a negação do texto constitucional se "converta" em realização de suas normas. Assim, não é

¹ Cfe. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 288 e ss; sobre as tarefas do Estado, ver CANOTILHO. *Constituição Dirigente*, p. 330 e ss.; sobre a mudança de uma concepção negativo-repressivo-estatal do Direito e do Estado para uma concepção positivo-promocional-funcional, ver também BOBBIO, Noberto. *Contribucion a la Teoria del Derecho*. p. 371 e ss

² Refere-se aqui à seguinte passagem da *Fenomenologia do Espírito*: "Ao contrário, o Espírito é esse poder somente quando contempla o negativo face a face e junto dele permanece. *Esse permanecer é a força mágica que converte o negativo em ser*". p. 20

bem, como se afirma, porque determinadas normas constitucionais (notadamente as ditas programáticas) não têm encontrado possibilidade de efetivação que os aspectos mais importantes de tais normas têm sido, permanentemente, desconsiderados pela jurisprudência e - com elogiáveis exceções - pela doutrina, mas, ao contrário, o que talvez mais corresponda a verdade é o fato de que exatamente por não terem tido, por parte de nossos tribunais e estudiosos, a relevância que merecem é que essas normas permanecem no purgatório da concretização normativa.

Como agora se verá, são muito poucos os autores³ que se dispuseram a enfrentar o problema da eficácia-efetividade-concretização das normas constitucionais, e quando o fizeram, com uma ou outra exceção (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e LUÍS ROBERTO BARROSO), centraram-se no aspecto formal (eficácia) da aptidão normativa para produzir efeitos jurídicos.

2.1. RUI BARBOSA E CLASSIFICAÇÃO NORTE-AMERICANA

O primeiro autor brasileiro a realizar uma classificação da normas constitucionais foi RUI BARBOSA. O que fez na verdade foi adaptar para o vernáculo a bipartição feita pela doutrina

³ Pelo número ínfimo existente, são recorrentes na bibliografia sobre o tema: BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, p. 475 e ss; CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, p. 391; V. 1; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, T.I, p. 124; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais. passim* (obra que é, no Brasil, o verdadeiro clássico sobre o assunto); BASTOS, Celso Ribeiro et BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. passim*; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre a Justiça Social*, tese à IX CONFERÊNCIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Florianópolis: 1982; ATALIBA, Geraldo. *Eficácia das normas constitucionais e leis complementares*, RDP 13:1968; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 1993; e, por fim, numa perspectiva mais abrangente do que tem significado a não-concretização dos textos constitucionais, recomenda-se a leitura de NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 1994, onde se demonstra que a falta de realização das normas constitucionais, para além de uma patologia do sistema jurídico, pode muito bem significar a realização de outras funções latentes (políticas, por exemplo), que são concretizadas exatamente por não se operarem os efeitos que se encontravam explícitos em seus textos.

americana (especialmente THOMAS COOLEY e GEORGE TUCKER), que dividia as normas constitucionais em, de um lado, normas auto-executáveis, auto-aplicáveis, ou, ainda, bastantes em si (*self-executing provisions*) e, de outro, normas não auto-executáveis, não auto-aplicáveis ou não bastantes em si (*not self-executing provisions*)⁴.

Apesar dessa divisão, tinha RUI BARBOSA clareza de que "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos". Tratava-se, então, ao proceder tal distinção, apenas de reconhecer que algumas normas tem imediata e direta aplicação (auto-executáveis), ao passo que outras necessitam de intermediação legislativa (não auto-aplicáveis).

Tal classificação permaneceu absoluta por mais de meio século, na doutrina e jurisprudência de nosso país. Segundo BONAVIDES, anterior à classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que a seguir se aborda, simplesmente se desconhecia qualquer outra contribuição (que, lógico, não fosse a de RUI). Dá conta apenas da contribuição de JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, mesmo assim "durante muito tempo ignorada", vindo a lume quando a tripartição de AFONSO DA SILVA já imperava sombranceira nas discussões do tema.

2.2.A CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

De todas as classificações realizadas pela doutrina brasileira das normas constitucionais, no que concerne à eficácia-aplicabilidade, nenhuma recebeu maior consagração no repertório jurisprudencial e doutrinário brasileiros do que a levada a cabo por JOSÉ AFONSO DA SILVA, no seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

⁴ BARBOSA, Rui. *Commentários...*, p. 488

Depois de recusar, por superada, a distinção clássica norte-americana, aqui divulgada por RUI BARBOSA⁵, entre *self-executing provisions* (normas auto-aplicáveis ou executáveis por si mesmas) e *not self-executing provisions* (disposições não auto-aplicáveis ou não executáveis por si mesmas ou, ainda, não bastantes em si), JOSÉ AFONSO DA SILVA, com supedâneo em autores italianos, propôs uma nova distinção. A recusa à classificação norte-americana deve-se ao fato de que "toda norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde suscetível de execução (...), o problema se situa, justamente, na determinação desse limite"⁶.

Concentra-se este autor nos ensinamentos de VEZIO CRISAFULLI, de que não há nada como uma norma constitucional desprovida de eficácia, "porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação aos seus destinatários"⁷. Se todas as normas têm eficácia, no entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o que se deve é, ressaltando-se tal qualidade, "ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos"⁸, com o que o autor realiza a seguinte classificação:

2.2.1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;

2.2.2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas passível de contenção;

2.2.3) normas de eficácia limitada, que se subdividem em:

2.2.3.1) declaratórias de princípios ou organizativas; e

⁵ BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, p. 475 e ss, V 2.

⁶ SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 69 e também, do mesmo autor, *Normas Constitucionais*, p. 43.

⁷ CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni de principio*, apud Silva, *As normas constitucionais*, p. 44-5.

⁸ SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 75 e *normas constitucionais*, p. 46

2.2.3.2) declaratórias de princípios programáticos.

2.2.1) São de **eficácia plena** as normas constitucionais "que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular"⁹. De acordo com esse conceito, são, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, normas de eficácia plena as normas que: a) imponham proibições e vedações; b) concedam isenções, imunidades e prerrogativas; c) declaram direitos ou garantias fundamentais; d) não designam órgãos ou autoridades a que são acometidas especificamente sua execução; e) "não indiquem processos especiais para sua execução"; f) não cobram novas normas que lhes completem o alcance e o sentido ou o conteúdo, por já serem suficientes em seu conteúdo¹⁰. São pois dessa espécie de normas as que "Estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, inscrutando-se predominantemente entre as normas organizativas e limitativas dos poderes estatais"¹¹.

Em outras palavras, o critério é o mesmo utilizado por RUI BARBOSA para definir as normas por ele tidas como auto-executáveis. Consistindo nesse tipo de norma toda norma que, "quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo que exprime"¹².

⁹ Sobre as normas de eficácia plena veja-se as págs. 80 a 94 de *Aplicabilidade das normas constitucionais* e também *Normas constitucionais*, p. 46-47

¹⁰ SILVA, *Normas constitucionais*, p. 46

¹¹ SILVA, *Idem*, *ibidem*

¹² BARBOSA, Ruy, *op. cit.*, p.492, V. II. Deve-se ainda lembrar, com JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 93) que "muitas vezes uma norma insulada não se apresenta com o caráter peremptório de sua eficácia plena, mas, se a compreendermos dentro do conjunto de disposições reguladoras de um determinado instituto, veremos que ela se integra do caráter pleno necessário à sua aplicabilidade imediata, isto é, a compreensão do que seja norma constitucional (plena ou não) depende não da sua avaliação isolada, mas do seu confronto com o sistema normativo de que faz parte".

2.2.2) **Normas de eficácia contida** são - diz JOSÉ AFONSO DA SILVA - as que, embora consagradoras de direitos subjetivos dos indivíduos ou pessoas de direito público ou privado, possibilitam a contenção desses mesmos direitos por parte da legislação ordinária (daí alguns constitucionalistas preferirem a expressão "contíveis" em lugar de "contidas", dada pelo autor)¹³.

Estão, assim, tais normas localizadas no campo das regras de aplicação direta e imediata, sendo certo que sua aplicação prescinde da interposição do legislador, propiciando, porém, a imposição de fronteiras limitadoras (sejam formais, sejam materiais) à fruição dos direitos que veiculam. Sirva de exemplo o art. 5º, inciso XIII, que estabelece como direito individual o "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".

Tais normas situam-se pois entre as normas em que o legislador constituinte, ainda que disciplinando suficientemente os interesses por elas veiculados, deixa margem para uma "atuação restritiva" por parte do legislador ordinário, o que se fará "nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados, como os de bons costumes ou de ordem pública"¹⁴.

Deixa claro o autor que tais normas trazem ínsita a si a idéia de discricionariedade, que, por sua vez, sempre estará adscrita à melhor opção e para tanto, no âmbito do Direito Público, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵, deve sempre levar em conta a máxima realização do direito.

¹³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 27. Nesta obra o autor nos dá conta de que a expressão foi acolhida pelos participantes de Congresso de Direito Constitucional realizado em São Paulo.

¹⁴ Mais sobre a concepção de JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre as normas de eficácia contida, veja-se nos seus *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 95 a 108 e *Normas constitucionais*, in *A norma jurídica*, p. 47

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32. Para esse autor, à "discricionariedade no comando da Norma" corresponde (...) "o dever de adotar a melhor solução". Sobre a possibilidade de transpor-se a teoria

2.2.3) São **normas de eficácia limitada**, na apreensão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, todas que careçam de normação integradora para que se lhes complete a eficácia e aplicação. Subdividem-se, por sua vez, em 2.2.3.1) normas de princípio institutivo ou organizativo, isto é, "aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário estruture em definitivo, mediante lei"¹⁶, sendo que tais normas podem ser reconhecidas através de expressões como "lei complementar estabelecerá(...)", "a lei disporá(...)", "a lei regulará (...)", "a lei fixará (...)", "a lei especificará (...)", "na forma da lei", ou locuções assemelhadas¹⁷; 2.2.3.2) normas constitucionais programáticas: são aquelas que, ao invés de traçar diretamente os limites e parâmetros para o exercício de determinados direitos, o constituinte restringiu-se a erigir os princípios segundo os quais deveriam orientar-se os órgãos encarregados do seu cumprimento (legislativo, executivo e judiciário), "como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado"¹⁸.

O autor parece haurir em PONTES DE MIRANDA os ensinamentos que sustentam as suas conclusões quanto a estas últimas normas. São, no dizer de PONTES DE MIRANDA, normas programáticas as "Regras jurídicas programáticas (...) em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos"¹⁹. Afirma outrossim que a legislação, a administração como também a justiça ficam sujeitas à orientação dos programas normativamente postos ao seu ofício²⁰.

da discricionariedade, sabidamente nascida e consolidada no Direito Administrativo, para o âmbito do Direito Constitucional mais adiante (cap. 3) se deterá com mais vagar.

¹⁶ SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 119

¹⁷ SILVA, *Normas constitucionais*, p. 47

¹⁸ SILVA, *idem, ibidem*.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, p. 126, T. I.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, *idem, ibidem*

Consoante JOSÉ AFONSO DA SILVA, são características básicas das normas programáticas²¹ :

a) terem como precípua objeto "a disciplina dos interesses económicos-sociais";

b) são normas-programas que não tiveram força suficiente para desenvolver-se integral e suficientemente;

c) têm sua eficácia reduzida, pois, ainda que gerem efeitos jurídicos relevantes, não alcançam produzir, diretamente, a incidência dos interesses que protegem.

Sendo os seguintes os efeitos jurídicos que provocam (imediata e diretamente)²² :

c.1) "estabelecem um dever para o legislador ordinário";

c.2) "condicionam a legislação futura", tornando-se inconstitucionais os atos normativos que se lhes confrontarem;

c.3) "Informam a concepção de Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica", estabelecendo, pois, objetivos básicos da comunidade, como "a proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum";

c.4) "constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas";

²¹ SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 138.

²² Todas as características ora apontadas encontram-se em SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 119 a 150 e *Normas constitucionais*, p. 48

c.5)"condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário";

c.6)"Criam situações jurídicas, de vantagem e desvantagem, conforme o caso".

Como se vê, não é pouca a importância dada pelo autor às normas programáticas, apesar de que, guardado o respeito devido, tal importância quase nunca é considerada pelos órgãos obrigados ao cumprimento da Constituição, os quais têm utilizado a expressão "programáticas" para qualificar todas as normas constitucionais que, no seu entender, não merecem observância enquanto não obtiverem do legislador a dádiva de sua interposição concretizadora, fazendo ressoar em nossa "memória histórica" (a metáfora é de CANOTILHO) os versos de CHICO BUARQUE: "*Deus dará, Deus dará(...), e se Deus não dá, (...) como é que vai ficar?*"

Ora! Já pelos efeitos que induz, fica de todo afastada a possibilidade de considerar tais normas como desprovidas de caráter jurídico. Infelizmente, sem razão jurídica alguma, ainda se identifica no Brasil entendimento diverso, considerando tais normas como juridicamente infecundas, posição esta que mal disfarça seu objetivo maior, que é o de ver eternizada a sonegação dos direitos que estas normas colimam realizar.

O mais perverso dessa prática, levada a cabo pelo legislador e coonestada pelo judiciário, é que ficam sem qualquer repercussão prático-jurídica exatamente as normas que resguardam os interesses da maior parte dos cidadãos. Para ficar apenas num exemplo expressivo, tenha-se presente, mais uma vez, o do art. 7º, inc. IV, da CF/88, que estabelece com todo o rigor a suficiência que deve possuir o salário mínimo para atender as "necessidades vitais" do trabalhador e de sua família. Se o termo "necessidades vitais", como é cediço, refere-se ao mínimo exigido para a manutenção da vida, a julgar pela total inércia dos poderes públicos em atualizar a imposição constitucional (o que faz do salário mínimo aqui pago, na verdade, um "mínimo salário"), é de se interpretar, por essa hermenêutica ultrapassada e descabida a respeito das normas constitucionais, que a vida do trabalhador e de sua família, que dependa

do salário mínimo, é, no Brasil, apenas um programa a ser cumprido pelo legislador, sabe-se lá quando!

Há muito FRANCISCO CAMPOS, que não se pode acusar de excessos progressistas, condenava essa espécie de hermenêutica invertida, pois eleva o legislador à condição de tutor da Constituição, quando, verdadeiramente, deve ele a ela subordinação. Na sua compreensão, "O que imprime a uma disposição o cunho constitucional não é a matéria ou conteúdo, senão a categoria da lei de que faz parte"²³. Entendia, numa lógica irrefragável, que a força de qualquer norma constitucional deflui "não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que adere"²⁴, não se podendo reservar ao legislador qualquer poder de distingui-las em "imperativas" ou "mandatórias" (classificadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA como de eficácia plena) e em "acessórias", de "mera conveniência" ou "diretórias" (programáticas, segundo aquele autor). Admitir o contrário, avaliava, resultaria em inverter-se a supremacia da Constituição, submetendo-a aos caprichos da legislatura ordinária²⁵.

2.3. A CLASSIFICAÇÃO DE M. G. FERREIRA FILHO

Outro autor a operar classificação foi MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. Inspirado em JORGE MIRANDA, como abaixo se verá, divide ele as normas constitucionais em exeqüíveis e não-exeqüíveis por si mesmas, para, ao depois, distinguir estas últimas em quatro subtipos: 2.3.1) **normas incompletas**, que seriam os preceitos constitucionais a exigir a interposição de outras normas que, regulamentando-as, preencham a sua eficácia; 2.3.2) **normas condicionadas**, que corresponderiam às normas que, ainda que não careçam de outras

²³ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, p. 391.

²⁴ CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 392

²⁵ CAMPOS, *op. cit.*, p. 392-393

para preencherem o seu conteúdo normativo, por já completas, foram submetidas pelo legislador constituinte à expedição de futura legislação para proporcionar-lhe o desencadeamento de seus efeitos; 2.3.3) **normas programáticas**, que representam normas que para além da exigência de normas que lhe completem o significado normativo, exigem, ainda, um terceiro momento "político, material e administrativo", para que logrem efetivação real; 2.3.4) normas de estruturação, que cuidam da organização do Estado, ou de sistematização de um setor de atividade, como por exemplo, a economia²⁶.

2.4.JORGE MIRANDA E SUA CLASSIFICAÇÃO

Quem também realiza uma classificação das normas constitucionais, depois de arrolar outras divisões tradicionais, é JORGE MIRANDA, constitucionalista da UNIVERSIDADE DE LISBOA, que, embora não seja brasileiro, teve aqui grande acolhida.

JORGE MIRANDA, torna relevante, para os fins aqui colimados, as seguintes distinções:

2.4.1) Normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas. As normas preceptivas são "as normas de eficácia incondicionada ou não dependendo de condições ou de fato" (como economia, política ou administrativa); e as normas programáticas, "aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformação não só da ordem jurídica mas também" (num segundo momento) "das estruturas sociais ou realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar"²⁷.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Consituição de 1988*, V.I, p. 7.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, V. II, p. 242 e ss.

2.4.2) Dividem-se, ainda, as normas constitucionais, segundo o autor em tela, em normas exeqüíveis e não exeqüíveis só por si. Sendo que "as primeiras, aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente"²⁸ e as segundas (normas constitucionais não exeqüíveis por si só) são as "carecidas de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida"²⁹. Depois de registrar a distinção divisada pelo autor, resta ainda com ele esclarecer que, uma vez guardando atenção às suas especificidades, não há normas constitucionais "com diferença de natureza ou valor"³⁰. São todas, umas e outras, normas jurídicas, marcando-se apenas por diferença de "estrutura e projeção no ordenamento". Concluindo, o autor recusa a posição daqueles que querem ver nas programáticas normas sem eficácia própria, ao afirmar que todas elas são "normas jurídico- constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional, nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efetividade"³¹.

Por fim, deixa-se consignado quanto as normas programáticas e as não exeqüíveis por si só, por serem normalmente as imputadas de injurídicas, que revelam elas, pelo contrário, grande grau de juridicidade, quais sejam³²:

a)deverão ser sempre consideradas quando da interpretação de outras normas e também na integração de lacunas;

²⁸ MIRANDA, *op. cit.*, *idem*, *ibidem*.

²⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 242, 246 e ss.

³⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 243.

³¹ MIRANDA, *op cit.*, p. 243.

³² MIRANDA, *op. cit.*, p. 250 e ss.

b)coíbem a emissão de normas que lhes contrariem e também tornam defesa a prática de comportamentos que invistam contra os atos por elas prescritos, sendo de declarar inconstitucional todos os atos que lhes contradigam materialmente;

c)são inconstitucionais, por desvio de poder, as ações do legislador que lhes confrontem "os critérios ou diretivas" que normalmente jazem nessas normas;

d)embora dependam de interposição legislativa ou ação prático-administrativa para concretizarem-se em todo o seu potencial, uma vez concretizadas, não admitem pura e simples revogação, que signifique um retorno ao *status quo ante*³³.

2.5. PAULO BONAVIDES E A PROGRAMATICIDADE DAS CONSTITUIÇÕES

Para os objetivos aqui visados, outra importante classificação é a de PAULO BONAVIDES, no seu *Curso de Direito Constitucional*³⁴.

Para o autor, o "problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições"³⁵. Embora se recrimine as Constituições contemporâneas pelo seu caráter doutrinário e ideológico, verdade é que, desde o primeiro momento do Constitucionalismo, as Constituições sempre foram uma cristalização jurídica de aspirações políticas e filosóficas das classes sociais emergentes. Assim é que a

³³ MIRANDA, *op. cit.*, p. 250 e ss.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 201 e ss.

³⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 200

própria rigidez das Constituições traduzia, na análise de BONAVIDES, a "desconfiança" do liberalismo frente ao poder então existente: aristocracia e coroa³⁶.

Como se vê, também as Constituições burguesas correspondiam, ao início, mais a um documento político e filosófico do que propriamente a um instrumento jurídico. "Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais, tomou ele definida e nítida feição jurídica"³⁷.

Vale dizer, então, que também os direitos e garantias individuais clássicos (burgueses), os quais ninguém hoje duvida de sua efetiva e plena aplicação imediata, também eles, repita-se, tiveram o seu dia de programaticidade. Dessa forma não se pode atribuir a uma má formação normativa dos direitos sociais a sua falta de concretização por parte dos detentores do poder.

Confirmando o que acima se aduz, demonstra BONAVIDES à exaustão que as declarações de direitos do séc. XVIII tinham, nos primórdios da época Moderna, mais "índole de manifesto ou plataforma revolucionária do que um documento verdadeiramente jurídico"³⁸, sendo mesmo de recordar que não raramente a doutrina francesa infirmava-lhes qualquer "valor jurídico"³⁹.

Só se pode compreender a estabilização dos princípios básicos da ideologia burguesa, numa segunda fase (séc. XIX), tendo-se em conta a total "ausência de combates, antagonismos e tensões na operação constituinte"⁴⁰, já que o seu corpo representativo conformava uma homogeneidade, resultado de um sistema de técnicas de sufrágio restrito, o qual conferia "ao

³⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 201, onde se lê: "Essas constituições rígidas traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da Sociedade burguesa e individualista".

³⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 202.

³⁸ BONAVIDES, *idem, ibidem*

³⁹ BONAVIDES, *idem, ibidem*

⁴⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 203 e veja também BARROSO, *op. cit.*, p. 101.

elemento burguês privilegiado a hegemonia no exercício do poder constituinte"⁴¹, depois de configurado o declínio da aristocracia e realeza, como "forças do passado", que, desarmadas ideologicamente, foram relegadas a um segundo plano.

Confrontada com a crise vivida pelas Constituições contemporâneas e seu caráter eminentemente programático, torna-se, conforme BONAVIDES, completamente explicável a "harmonia e uniformidade das Constituições burguesas do primitivo Estado liberal"⁴², graças à ausência de contradições internas mais agudas, o que também se verificou nos primeiros Estados socialistas, pois estes, com mais força ainda, aniquilaram todas as dissensões político-ideológicas da "antiga sociedade de classes".

Não é, pois, de agora "o drama jurídico das Constituições", reconduz-se, na verdade, a própria origem do constitucionalismo essa dificuldade de transformar os preceitos constitucionais de meros enunciados e princípios, não vinculativos, em direitos efetivos e concretos, isto é, em regras direta e imediatamente fruíveis pelos cidadãos, ou, como resume BONAVIDES: "passar da esfera dos princípios à ordem concreta das normas"⁴³. Quando as Constituições liberais, graças a estabilidade da homogenização ideológica, pareciam haver resolvido esse "drama", os desafios lançados no período pós-guerra pelas "exigências sociais e os imperativos econômicos, configuradores de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos"⁴⁴. Foi então que as Constituições do séc. XX viram criar em torno de si a mesma programaticidade das primeiras Constituições, com a incorporação dos direitos sociais e econômicos, por imposição da classe operária emergente. Segundo BONAVIDES,

⁴¹ BONAVIDES, *idem, ibidem*

⁴² BONAVIDES, *idem, ibidem*

⁴³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁴ BONAVIDES, *idem, ibidem*

"inaugurava-se assim a segunda fase - até agora não ultrapassada - de programaticidade das Constituições"⁴⁵.

Com o reconhecimento hoje universal da *eficácia vinculante* das normas programáticas, afigura-se improvável para BONAVIDES recusar a aplicabilidade e eficácia de algumas normas, "como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais"⁴⁶.

Conduzido pelas conclusões acima, BONAVIDES divide as normas constitucionais em três categorias: 2.5.1) normas programáticas; 2.5.2) normas imediatamente preceptivas; e 2.5.3) normas de eficácia diferida⁴⁷.

2.5.1) Quanto às **normas programáticas**: imediatamente, no que à retaguarda ficou patente, percebe-se o generoso prestígio dado por BONAVIDES à programaticidade da Constituição, não sendo por acaso que venha cuidar, em primeiro lugar, exatamente dessa espécie de normas. É do autor a inferência de que "A face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática"⁴⁸.

Alerta, inicialmente, sobre a frequência com que publicistas tentam atribuir a tais disposições essência política e ideológica de um determinado regime político-jurídico, o que avalia como correto, desde que não se pretenda com isso "abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais"⁴⁹.

⁴⁵ BONAVIDES, *idem, ibidem*.

⁴⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 211

⁴⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 218 e ss

⁴⁸ BONAVIDES, *idem, ibidem*

⁴⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 218

Com fundamento em CRISAFULLI, afirma BONAVIDES serem programáticas as normas constitucionais que o constituinte dirige aos órgãos públicos e às suas decisões políticas, tornando vinculados os seus comportamentos futuros⁵⁰.

Como conseqüências deste conceito têm-se:

a) as normas constitucionais programáticas são essencialmente jurídicas, tão preceptivas quanto as outras, "se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos"⁵¹;

b) vinculação obrigatória dos órgãos estatais decorrente da "eficácia formal de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias"⁵². Entendimento a esse semelhante, como aqui já se registrou, há muito era consagrado por FRANCISCO CAMPOS;

c) declaração de reconhecimento de invalidade das leis, tanto subseqüentes quanto as preexistentes, que "contrastarem com as normas programáticas"⁵³.

2.5.2) Com relação as **normas constitucionais imediatamente preceptivas**: é novamente inspirado em CRISAFULLI, que BONAVIDES definirá essa modalidade de norma como "aquelas que regulam relações entre cidadãos e entre o Estado e os cidadãos"⁵⁴.

⁵⁰ Cfe. CRISAFULLI (*La Costituzione e le sue Disposizioni de principio*, Milão, p. 54), "programáticas são aquelas normas jurídicas com as quais o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar(...) pode e deve dar-se um passo seguinte, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e acometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectivas atividades", *apud* BONAVIDES, p. 222.

⁵¹ CRISAFULLI, *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 220

⁵² *Idem, ibidem*

⁵³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 221

⁵⁴ CRISAFULLI, *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 224

Colhe-se a importância de tais normas na razão de que elas, ao afastarem a generalidade e mediaticidade das normas programáticas, conferem um maior grau de juridicidade aos textos constitucionais, não propiciando que Estados de tradição constitucional mais frágil venham a se transformar em campo fértil para as mais "rudes transgressões constitucionais"⁵⁵.

As normas programáticas, alertava CARL SCHMITT⁵⁶, sem o reforço de normas com maior positividade poderiam se transformar num forte fator de desintegração constitucional, corroendo a importância do texto constitucional, na medida em que a essas normas normalmente era recusada a juridicidade, contaminando toda a Constituição com um alto grau de inobservância. Daí a importância de normas que auferissem de todos imediata submissão.

2.5.3) No que diz respeito às **normas constitucionais de eficácia diferida**, não se subsumem elas à categoria das normas imediatamente preceptivas, em razão de sua aplicabilidade depender, para se fazer completa, de uma ulterior instrumentalização técnica por parte da legislação ordinária⁵⁷. Por outro lado, não são normas programáticas, uma vez que não se destinam exclusivamente, como aquelas, as órgãos legislativos.

Resumindo, pode-se dizer com BONAVIDES, que o que dá individualidade às normas de eficácia diferida é o fato de não se dirigirem tão somente aos poderes públicos, mas indiferentemente, referem-se ao Estado e aos cidadãos, não tendo, por conseguinte, natureza programática, mas carecendo da intermediação do legislador ou de meios instrumentais posteriores, "capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam"⁵⁸.

⁵⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 224. Para o autor, uma Constituição com alto grau de programaticidade e baixa juridicidade poderia converter-se no "obstáculo dos obstáculos" à edificação do Estado de Direito.

⁵⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 227

⁵⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 226

⁵⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 227

O que se deve reter da profunda lição de PAULO BONAVIDES é o fato, aqui tantas vezes afirmado, de que o não-cumprimento das Constituições contemporâneas, sendo expressivo o exemplo brasileiro, de modo algum pode ser irrogado ao seu conteúdo programático. A não-concretização dos textos constitucionais, aqui como alhures, deve-se ao fato mais simples, nada normativo, de as classes superiores, por estarem satisfeitas com a situação e ordem vigentes, lançarem sobre as normas ditas programáticas um juízo de desvalor pelo que elas, mais do que as outras, inspiram e veiculam - agora como após as Revoluções do séc. XVIII - de vontade e de necessidade de mudança, o que não impede (nem impediu), diga-se de passagem, que também as outras modalidades normativas sejam violadas por essas mesmas elites, quando se mostrarem conflitantes com seus interesses.

2.6. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO E A POSIÇÃO DO CIDADÃO FRENTE ÀS CLASSIFICAÇÕES

Uma interessante análise classificatória das normas constitucionais é a realizada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Este autor, antes mesmo de sugerir qualquer classificação das normas constitucionais, inicia por apontar algumas deficiências das classificações realizadas. No seu entender as classificações das normas constitucionais até então propostas (e, como já se firmou, a de JOSÉ AFONSO DA SILVA granjeou a preferência quase que absoluta de doutrinadores e tribunais brasileiros), padeceriam de um vício congênito: não deixariam esclarecida qual a situação do cidadão quanto à sua fruição, ou seja, não eram suficientes só por si para "isolar teores de consistência jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais"⁵⁹.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, C.B. *Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social*, p. 16

A análise correta da locução normativo-constitucional, dizia, permitiria sacar conseqüências jurídicas, atinentes à justiça social, prescindindo-se de posterior legislação, muito mais abrangentes do que o que se costuma afirmar pelas classificações até então existentes: "já são invocáveis direitos sociais muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente"⁶⁰. O fato de tais normas virem sendo subutilizadas pelos interessados ou de virem sendo desconsideradas permanentemente pelo poder público "não infirma a tese jurídica de que existem e estão disponíveis"⁶¹. Pelo contrário, tal constatação só se prestaria a impelir os juristas a que se detivessem mais sobre o tema, pugnando (em juízo) "pelo reconhecimento efetivo destes direitos postergados, até a consolidação de uma consciência nacional capaz de determinar a positividade fática destes direitos, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional"⁶².

O que teria ocorrido com as sistematizações até então promovidas é que elas não se voltavam diretamente para o objeto disciplinado pelas normas constitucionais. Mostravam-se, dessa maneira, ineptas a clarificar o problema essencial de normas que asseguram constitucionalmente direitos fundamentais: qual a situação jurídica em que se encontra o cidadão frente às várias modalidades normativas?

Para confirmar os seus assertos, BANDEIRA DE MELLO refere-se diretamente ao modelo de JOSÉ AFONSO DA SILVA (normas de eficácia plena, contida e limitada). "Nada obstante, avalia o autor, em inúmeros casos, as normas de eficácia plena são, precisamente, as que conferem a posição jurídica mais débil para os administrados"⁶³. Em um sentido mais amplo, são exatamente essas normas que podem gerar a situação mais forte ao cidadão como também a mais fraca. Traz CELSO ANTÔNIO como exemplo o artigo 8º, inc. XVII da

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p.13

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*

⁶² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 13-14

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 15

Constituição anterior (art. 22, inc. I, da atual), que atribuía a União a competência para legislar sobre direito civil e comercial. Ora, dizia ele, "É norma de eficácia plena. Sente, de logo, todos os seus efeitos, que são precisamente, os de investir a União no poder de editar tais normas. Sem embargo, por força deste preceptivo, os administrados não colhem direito algum, exceto o de que tal legislação, em sendo editada, só o seja pela União"⁶⁴.

Como se vê, o cidadão, conquanto a norma seja de eficácia plena, não retira dela, imediatamente, qualquer benefício ou utilidade, como também não tem força para cobrar do legislador que legisle, nem mesmo - estribado nesta norma - impedir que, quando vier a fazer, o faça conforme os fins e na direção que melhor lhe aprouver⁶⁵.

Para demonstrar a possibilidade oposta, recolhe BANDEIRA DE MELLO o exemplo do art. 176, § 3, inc. III, da CF/69, que estabelecia o ensino gratuito de primeiro grau, e que, tendo a mesma compostura de norma de eficácia plena, conferiria, ao contrário do dispositivo anterior, "imediatamente aos administrados o direito de fruir desta gratuidade e de exigí-la caso o estabelecimento a viole"⁶⁶.

Percebe-se, então, que duas normas constitucionais situadas, segundo as classificações existentes, na mesma modalidade normativa, obtêm, para o cidadão, situações jurídicas completamente diferentes. Por outro lado, norma de distinta classificação, de eficácia contida, a do art. 153, § 10, da CF/69 (que com outro tratamento situa-se hoje no art. 5º, XII, da CF/88), assegurador da inviolabilidade de domicílio e impedindo a sua superação "fora dos casos e na forma que a lei estabelecer" (a CF/88 não propicia essa possibilidade de contenção ordinária, já trazendo ela mesma as situações em que a inviolabilidade poderá ser afastada), pois bem, esta norma atribuiria aos seus destinatários, segundo BANDEIRA DE MELLO,

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 15

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*

situação jurídica muito mais consistente e privilegiada⁶⁷ do que a do art. 8º, inc. XVII, da CF/69, retromencionado.

É interessante notar, neste instante, que, embora a doutrina e jurisprudência, unanimemente, classifiquem o art. 5º, inc. LXIX, que institui o Mandado de Segurança, como norma de eficácia plena - que portanto não pode sofrer limites ou contenção -, tal fato não impediu que a legislação ordinária limitasse a sua impetração ao prazo decadencial de 120 dias, e que a jurisprudência nada dissesse a respeito⁶⁸. Mas já aqui não se trata tanto de problema da classificação, reconheça-se, mas de verdadeiro desrespeito a ela.

Por tudo quanto foi relatado, a crítica às deficiências das classificações até então realizadas, por não se referirem à posição jurídica do cidadão, parece ser irretorquível.

Buscando preencher essa lacuna, é que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO se propõe a estabelecer uma sistematização das normas constitucionais a partir exatamente da "consistência da posição jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais"⁶⁹. Diante desse critério, é possível identificar as seguintes espécies de normas:

2.6.1) Normas constitucionais que atribuem ao cidadão um "poder jurídico" ou "situação jurídica" cuja fruição independe de qualquer "prestação alheia", ou seja, estes poderes para se fazer efetivos não exigem uma atuação alheia, pois não correspondem ao "cumprimento de uma obrigação" por outrem. Pelo, contrário, como regra, "requerem uma abstenção, uma omissão, em geral do Poder Público"⁷⁰.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 16

⁶⁸ ATALIBA, Geraldo, RTDP 1, p. 147.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 16 e ss.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 17

Atribuem essas normas de imediato uma "posição jurídica" de "plena consistência" ao administrado, não carecendo de qualquer integração legislativa posterior, facultando ao cidadão "(a) uma utilidade concreta, um desfrute; e (b) a possibilidade de exigir esta prestação se for embaraçada ou perturbada por outrem" ⁷¹.

Seriam exemplos de tais normas a consagração "do direito de ir e vir", "do direito de inviolabilidade do domicílio", "do direito de propriedade", "do direito à vida" e "a incolumidade física".

2.6.2) Numa segunda categoria, existem as normas constitucionais, segundo C.A. BANDEIRA DE MELLO, que compõem em seu programa normativo (HESSE) "o necessário e suficiente para gerar, em prol do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em direito propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia"⁷²,

Como os direitos gerados por essas normas encontram-se adscritos à "prestação alheia, torna-se necessário, para o seu proveito, que a norma ensejadora" haja desenhado uma conduta de outrem (geralmente do Estado) em termos tais que permitam reconhecer qual o comportamento específico deste terceiro é capaz de dar concreta satisfação ao direito deferido.

Aduz CELSO ANTÔNIO o exemplo do ensino religioso, configurado no art. 176, §3º, inc. III, da CF/69, com a seguinte dicção: "o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*

⁷² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 17

médio"⁷³ ⁷⁴. A norma indicada apresenta com suficiente densidade tanto a conduta devida quanto o seu obrigado-destinatário.

Do expendido, infere-se que ambas as categorias de normas até agora arroladas - a) outorga de poder e b) outorga de direito - ao descreverem com suficiência a conduta devida e quem tem a obrigação de cumpri-la, conferem ao cidadão uma posição jurídica "plenamente consistente", que se depreende diretamente da Constituição. Tal posição jurídica "atribui, de imediato, nas duas hipóteses, ao cidadão: 1) o desfrute de uma concreta utilidade e 2) o poder jurídico de exigir este desfrute, se turbado por terceiro ou negado por quem tinha que satisfazê-lo"⁷⁵.

2.6.2) Existem, ainda, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, normas que prescrevem "apenas uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfazem o bem jurídicos consagrado na regra"⁷⁶. Pode-se ter

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*.

⁷⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 149 apresenta o exemplo da Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, que, no seu art. único, inc. I, estabelecia ser "assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante educação especial e gratuita". Quanto às conseqüências concretas desta disposição, afirma BARROSO: "parece-me que se desejasse, tão somente, instituir um programa de ação futura, o constituinte derivado teria consgnado: 'O Poder Público atuará no sentido de propiciar ao deficiente, progressivamente, educação especial e gratuita'. Ao optar pela locução 'É assegurado', por certo investiu o deficiente, que não tenha recursos no poder de exigir do Estado educação especial, quer numa clínica pública, que numa entidade particular, às expensas do Estado. Também aqui não se descarta a hipótese de indenização.

"Em tema análogo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão louvável, sustentou a aplicabilidade direta e imediata da EC nº 12, cuja eficácia não deveria ser condicionada a providência normativa posterior. Assim é que ao confirmar decisão que condenou a Cia. do Metropolitano de São Paulo a uma obrigação de fazer consistente em prover instalações adequadas para o acesso de deficientes físicos, lavrou: 'a norma constitucional que estabelece comando certo e definido, dispondo sobre construção de acessos a deficientes físicos em edifícios e logradouros públicos, contendo todos os elementos necessários à sua aplicabilidade (hipótese de incidência, conteúdo e destinatário), (...), tem aplicabilidade imediata, independente de regulamentação ulterior".

Na CF/88 o dispositivo que mais se aproxima do exemplo discutido por BARROSO é o art. 208, inc. III, que tem o seguinte texto: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino".

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 18

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 18

como exemplo o art. 170, inc. III, que estabelece como princípio da ordem econômica a função social da propriedade. Normas como essa, ainda que não permitam aos destinatários uma qualquer fruição direta ou exigência de alguém, teriam efeitos relevantes: "a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamento que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e orientação no sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras"⁷⁷.

Todas as normas outorgadoras de direitos e poderes podem ainda sofrer, afirma BANDEIRA DE MELLO, com fundamento em CELSO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO⁷⁸, a especificação entre: 1) direitos ou poderes insuscetíveis de restrição; 2) direitos ou poderes restringíveis por lei ordinária⁷⁹. Na primeira categoria estaria, por exemplo, a aposentadoria e na segunda, o direito de greve.

Outra distinção necessária para os direitos imediatamente fruíveis e exigíveis é a seguinte: a) "normas constitucionais com dicção densa, com expressões de significado preciso"; e b) normas constitucionais com dicção indeterminada, com expressões abertas, imprecisas ou "elásticas"⁸⁰. O autor, aí, se apercebe de relevante distinção, hoje enfrentada por

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 19

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres Brito. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, *passim*.

⁷⁹ De todas as classificações, as que mais preocupam são as que situam algumas normas constitucionais em categorias passíveis de sofrer restrição, contenção ou coisas que tais. Isso porque quase nunca se faz acompanhar de tal classificação a necessária discussão sobre quais os limites que se impõem ao legislador no momento mesmo em que realiza tal restrição do direito constitucionalmente consagrado. Sobre a possibilidade de tal restrição, veja-se LARENZ, *op. cit.*, p. 413 e seguintes, o próprio BANDEIRA DE MELLO em seu *Discrecionabilidade e controle judicial* e, finalmente, CANOTILHO. *Constituição Dirigente...*, no qual se introduz como discussão central a possibilidade de vinculação do legislador.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 20

outros publicistas (CANOTILHO, HESSE e ENTERRIA⁸¹), isto é, o problema da densidade da normas constitucionais.

Em todos os ramos do direito encontramos normas que se valem de conceitos ora mais abertos, ora mais densos, e ninguém, afirma CELSO ANTÔNIO, nega ao Judiciário a faculdade e o dever de reconhecer as "fronteiras destes conceitos fluidos, que são comuns em todas as províncias do Direito"⁸². Seria da primeira categoria (normas densas) a regra que garante a aposentadoria aos trabalhadores aos 35 anos de trabalho (art. 202, II, CF/88), sendo da segunda a "proibição de trabalho *noturno, perigoso ou insalubre* aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz" (art. 7º, XXXIII). Perceba-se que a parte do artigo "qualquer trabalho a menores de quatorze anos" é do primeiro tipo (norma densa).

Se as expressões como "insalubres", "noturno" ou "perigoso" podem ensejar alguma perquirição por parte do intérprete, daí não se pode deduzir, porém, como explica BANDEIRA DE MELLO, que os "interessados fiquem impedidos de fruir tais direitos - e de exigi-los, judicialmente, se desatendidos - caso os Poderes Públicos forem inertes na emissão das providências especificadas"⁸³, ou derem uma significação mais acanhada do que se poderia esperar de uma interpretação "normal" e "razoável". Isso porque, embora os conceitos indeterminados possam gerar algum questionamento, em inúmeras situações não restará dúvida se se conformou ou não a "vontade da lei".

⁸¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 197, 252, 321, 411 e ss, 430. Nessa mesma distinção pode-se inserir o problema da divisão das normas entre regras e princípios, tendo estes significação mais aberta que aqueles, v. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 203 e ss. Veja também ENTERRIA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 30 e ss e também seu *Direito Administrativo*, p. 392.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 20

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 30, 33 e ss.

Conclui-se do que se afirmou que a abertura ou indeterminação de alguns conceitos presentes em normas constitucionais não lhes impugna a imediata aplicação, até porque a presença de expressões vagas e indeterminadas não é exclusividade Direito Constitucional, sendo localizados em todos os campos do Direito (penal, civil, processual, etc.), o que jamais afastou do Judiciário a obrigação de julgar, apresentando solução para o caso concreto⁸⁴.

Se tais conceitos fazem parte dos demais ramos do Direito, sem que em momento algum alguém negasse ao Judiciário o poder de determinar-lhes o sentido, porque, questiona-se BANDEIRA DE MELLO, negar que possa "fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional"⁸⁵.

Exigir a intervenção prévia do Legislativo ou do Executivo, sob pálio do princípio da separação dos Poderes, para poder dar efetividade constitucional a tais direitos é, do ponto de vista político, a maneira mais cômoda de negar direitos conferidos pela própria Constituição e é, na verdade, do ponto de vista jurídico-constitucional, sobrepor, ilegitimamente, a vontade do legislador ordinário à do constituinte originário, preterindo a realização da Constituição em favor de um mal explicado princípio da separação dos Poderes - que é de má utilização, se o que se cuida é de garantir privilégios, violar direitos ou se tornar imune a correção de abusos. Essa prática dá vazão a uma ideologia e comportamento autocráticos, ainda muito presentes no Brasil, que põe aqueles dois Poderes em estado de preeminência em relação ao Judiciário, principalmente quando se trata de negar a concretização dos direitos da maior parte da comunidade. Tudo isso, infelizmente, com a complacência de boa parte de nossos tribunais.

A utilização ideológica do princípio da separação de poderes como óbice ao controle da inércia e da ação inconstitucional do legislador será ponto central da abordagem do capítulo seguinte.

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 21

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*

2.7. LUÍS ROBERTO BARROSO E A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Na cronologia do Direito Constitucional brasileiro, o último autor a propor uma classificação das normas constitucionais é LUÍS ROBERTO BARROSO. O critério orientador desse autor é, como em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "consistência jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais"⁸⁶.

Seu objetivo é, sobretudo, limitar a liberdade dos Poderes Públicos no cumprimento da Constituição, principalmente no que diz respeito aos "comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo"^{87 88}.

Com supedâneo no conceito material e substancial das Constituições, BARROSO estabelecerá sua classificação tendo claro o *discrímen* da "consistência da posição jurídica" do cidadão. Como se sabe as Constituições vêm passando por um alargamento do âmbito do conteúdo por elas abrigado. As Constituições liberais, demonstra PAULO BONAVIDES, só tinham como constitucionais as normas que disciplinavam o "poder estatal e os direitos individuais"⁸⁹. Com o advento das Constituições contemporâneas, demonstra HESSE, os objetivos e finalidades da comunidade foram incorporados como matéria essencialmente constitucional, impondo à política diretrizes e pontos de orientação, mas sem que possa substituir à política.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*, p.85 e ss

⁸⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 86

⁸⁸ HESSE, *op. cit.*, p.21; ver também CANOTILHO, *Constituição Dirigente, passim*. Aliás, à própria idéia de Constituição Dirigente é insito o objetivo de controlar, de dirigir, racionalizar o poder político (que como regra é arredo a qualquer forma de controle), não apenas no seu aspecto formal e processual, como acontecia com as Constituições liberais, mas endereçando também aos órgãos políticos de direção ordens e diretivas de natureza material e algumas finalidades que deveriam ser perseguidas.

⁸⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p.204

Daí BARROSO acertadamente captar o sentido e conceito próprio da Constituição atual, afirmando ser o documento consoante o qual se "organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais dos indivíduos e traça os fins públicos a serem alcançados pelo Estado"⁹⁰. Levando em consideração este conceito material de Constituição e o critério da consistência da situação jurídica dos cidadãos, o autor propõe a seguinte classificação:

2.7.1) Normas constitucionais de organização;

2.7.2.) Normas constitucionais definidoras de direito;

2.7.3) Normas constitucionais programáticas.

2.7.1) Normas constitucionais de organização: através de tais normas, a Constituição "institui os órgãos de soberania, define-lhes a competência e determina as formas e processos de exercício do poder político"⁹¹. Tais normas aparecem como contraponto às normas de conduta. Enquanto as normas de conduta destinam-se, já o ensinava Kelsen, precipuamente a disciplinar o comportamento humano⁹², as normas de organização dirigem-se a quem tem como função criar ou aplicar outras normas.

Pode-se, segundo a distinção proposta por REALE, distinguir essas duas modalidades de normas da seguinte maneira: a norma de conduta tem uma "estrutura binada" - uma hipótese (ou fato típico) e o dispositivo (ou preceito), e ocorrendo o fato tipificado na hipótese normativa, nele incidirá o dispositivo, produzindo-se as consequências jurídicas (efeitos) que

⁹⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 88

⁹¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 89

⁹² Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 35: "Na medida, porém, em que a ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere - imediatamente e mediadamente - a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação".

lhe correspondem, "cabendo seu destinatário fruir ou suportar tais efeitos"⁹³; já as normas de organização teriam como característica "a obrigação objetiva de algo que deve ser feito", sem que isso "fique subordinado à ocorrência de um fato previsto", do qual possam ou não resultar determinadas consequências⁹⁴.

Analisando a estrutura das normas jurídicas, já HART havia identificado a diferença, de que se vale BARROSO, entre as normas de condutas e as normas que outorgam poderes, ou como aqui denominadas, normas de organização. Para ele, mais que distinção, haveria uma verdadeira dependência de umas em relação às outras⁹⁵. O Direito seria, para HART, em conceito hoje de todos conhecido, uma "união de regras primárias (de conduta) e secundárias (de organização)"⁹⁶. Além das normas que proíbem ou prescrevem condutas, portanto, existem uma outra variedade de normas, "nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos)"⁹⁷.

Este último tipo normativo é bastante importante, na medida em que não basta à Constituição apenas dispor sobre condutas, devem também fixar a estrutura do Estado e o processo segundo o qual se devam discutir e decidir as questões postas em conflitos.

Entre outros conteúdos específicos, as normas de organização, conforme BARROSO, a) "veiculam as decisões políticas fundamentais, ao definirem a forma de Estado e de governo" (artigos 1º e 2º da CF/88), "o sistema de governo" (art. 76 da CF/88); b) definem "as

⁹³ REALE *apud* BARROSO, *op. cit.*, p. 90

⁹⁴ BARROSO, *idem, ibidem*

⁹⁵ HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*, p. 34 e 89 e ss.

⁹⁶ HART, *op. cit.*, p. 89

⁹⁷ HART, *op. cit.*, p. 89 e 90. Resumindo o que pretendia, mais a frente averbará: "Por força das regras de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, que queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primárias: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados", p. 91.

competências dos órgãos constitucionais" (arts. 49, 51, 52, 85 e 96 da CF/88); c) autorizam sua criação (art. 125, §3º, CF/88); e d) "estabelecem normas processuais ou procedimentais", como o de "revisão da própria Constituição" (art. 60, § 4º), de defesa da Constituição (art. 102, a), elaboração legislativa (art. 47), e de fiscalização, (art. 71, todos da CF/88)⁹⁸.

2.7.2) Mas além de organizar os poderes públicos, tem ainda a Constituição como matéria inerente ao seu estatuto jurídico e político a definição e correspondente prescrição dos direitos fundamentais dos cidadãos da comunidade⁹⁹. Daí, LUÍS ROBERTO BARROSO incluir em sua classificação uma segunda categoria de normas constitucionais: as "normas constitucionais definidores de direitos"¹⁰⁰.

Ainda que se leve em consideração as várias dissensões doutrinárias em torno de uma sistematização e semântica de tais normas¹⁰¹, considera-se possível a sua divisão em três grandes grupos: direitos políticos, direitos individuais e direitos sociais.

Por "direitos de participação política", ou simplesmente "direitos políticos"¹⁰², o autor compreende tanto o "direito de nacionalidade" como o "o direito de cidadania". Sendo que o "direito de nacionalidade" conforma a incorporação do indivíduo na "comunhão nacional", importando isso numa série de "prerrogativas e deveres". Sendo que por "direitos de cidadania"

⁹⁸ BARROSO, *op. cit.*, 89 e ss.

⁹⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 62 e BARROSO, *op. cit.* p. 93 e ss.

¹⁰⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 93

¹⁰¹ Sobre as divergências quanto à classificação correta que envolvem essas normas, veja-se JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 167 e ss; BARROSO, *op. cit.*, 93 e ss; e, principalmente, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 191 e ss.

¹⁰² Assim são definidos os direitos políticos por PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, *Direito Políticos*, p. 1: "Sob a epígrafe 'Dos direitos políticos', a Constituição estabelece as regras básicas concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito. Trata, assim, do alistamento eleitoral, do voto, das condições de elegibilidade, das inelegibilidades, da impugnação do mandato eletivo e das únicas hipóteses em que os direitos podem ser retirados provisória ou efetivamente do seu titular".

entende-se a imputação ao indivíduo de "capacidade eleitoral - direito de voto - e de "capacidade eletiva" - direito de ser votado, desde que atendidos certos requisitos¹⁰³.

Por sua vez, os "direitos individuais", de matiz claramente jusnaturalista e liberal, tiveram sua primeira manifestação, afirma BARROSO, na *Declaração de Direitos Inglesa*, de 1689¹⁰⁴. Também chamados de "liberdades públicas", referem-se à "afirmação jurídica da personalidade humana". Os preceitos que os disciplinam têm como conteúdo normativo principal impor "deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares"¹⁰⁵. Sendo que, no atual texto constitucional brasileiro, esses direitos estariam concentrados, principalmente, na "extensa" enunciação dos 77 incisos do art. 5º.

Já os direitos sociais (também chamados "econômicos" ou "culturais") fazem parte das conquistas recentes da Humanidade, pois remontam às Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, instituídos a partir da luta da classe trabalhadora. Ao contrário dos direitos

¹⁰³ Sobre direitos políticos, veja-se, por todos, NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direito Político*, 1 a 5, especificamente, e *passim*. Ainda sobre os direitos políticos, é interessante consignar que, precisamente eles, conformam uma esfera do Direito Constitucional que alguns autores tendem valorizar a partir mais de um conceito material do que formal de Constituição. Assim, esses autores compreendem tais direitos como parte do Direito Constitucional, independentemente de constarem do texto da Constituição. Por todos, veja-se FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. p. 4-5., para quem "O Direito Constitucional(...) abrange a estrutura jurídica do Estado, suas normas fundamentais, a definição e funcionamento dos seus órgãos, os direitos públicos individuais e outros assuntos, *estejam eles, ou não estejam, consignados no Texto da Constituição*." E mais a frente: "Com efeito, todas as leis que dizem respeito à organização do Estado, ao funcionamento dos seus poderes, aos direitos e garantias individuais, são leis do Direito Constitucional. *Entre elas, por exemplo, as leis que tratam das eleições e do sistema partidário*(...)". Também entendia AFONSO ARINOS serem as leis complementares Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 82 e ss. Em sentido contrário tem sido o entendimento da maioria dos autores. Veja-se por todos, FRANCISCO CAMPOS, supramencionados, *op. cit.*, p. 391 e ss: "o que imprime a uma disposição o cunho de constitucional não é a matéria ou o conteúdo, senão a categoria da lei de que faz parte". Também contrária ao entendimento esposado por AFONSO ARINOS é a jurisprudência a jurisprudência do STF, conforme informa CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, no seu *Temas de Direito Público*, p. 232.

¹⁰⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 94 e BONAVIDES, *op. cit.*, p. 200 e ss. Sendo, porém, de se gravar que muitos autores se insurgem contra uma delimitação em termos absolutos do momento em que se verificaram as primeiras manifestações normativas dos direitos individuais. BONAVIDES, *op. cit.*, p. ex., p. 200 e JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Constitucional...*, p. 138, onde se lê: "Certo é que (...) alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma", depois do que, o autor arrolará uma série de exemplos ainda na Antiguidade, alguns da Idade Média, ressaltando entre tantos a *Magna Carta* inglesa.

¹⁰⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 94

individuais "clássicos", que pressupõem uma mera abstenção do Estado, com os direitos sociais "surtem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material"¹⁰⁶. Esses direitos visariam a "neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos sociais à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação nos lucros das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros"¹⁰⁷.

Torna-se relevante lembrar que os direitos sociais, conforme BARROSO, se repartem ainda, quanto à posição jurídica de que investem os jurisdicionados, em dois subtipos, a saber:

2.7.2.1) Direitos que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção. Sem carecerem de intervenção legislativa, tais normas geram para os indivíduos desfrute imediato. Como exemplo pode se citar o direito de greve (art. 9º, da CF/88)¹⁰⁸.

2.7.2.2) Direitos que ensejam a "exigibilidade de prestações positivas do Estado". Esses direitos, diversamente, cobram uma efetiva atuação do Estado, "na entrega de um bem ou satisfação de um interesse"¹⁰⁹. Alguns desses direitos, pela objetividade da norma, ensejam a imediata aplicação, como é o exemplo do art. 202, II, da CF/88, que prescreve a aposentadoria da mulher após trinta anos de trabalho; outros, como o art. 196 - proteção à saúde - e art. 6º e 201 - previdência social -, estariam, segundo BARROSO, adstritos à "reserva do possível", já

¹⁰⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 95. Sobre a mudança de uma concepção estrutural e negativa do Estado, da norma, da sanção e até mesmo da Constituição, para uma compreensão funcional e positiva (Estado que não apenas restringe, mas que promove; norma que não apenas proíbe, mas induz condutas; sanção que não apenas inibe, mas também estimula; e uma Constituição que institui prestações positivas (educação, moradia, previdência e saúde), veja-se BOBBIO, N. *Contribucion a la teoria del derecho*, p. 317 e ss.

¹⁰⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 95

¹⁰⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 102

¹⁰⁹ BARROSO, *idem, ibidem*

que sua verificação, pela complexidade que envolve, submete-se aos limites econômicos e políticos da realidade¹¹⁰.

São, na constatação do autor, exatamente, essas normas - garantidoras dos direitos sociais e, principalmente, essas últimas, do tipo 2.7.2.2 - as de mais difícil concretização, em contraposição aos direitos individuais e políticos, que encontram uma maior facilidade de realização. Isso se deveria a duas razões básicas. A primeira é de caráter ideológico: os direitos individuais e políticos representam a "cristalização" do ideário político do liberalismo, que se impôs como força política hegemônica à nobreza e à realeza, há muito tempo. A segunda explicação, a mais importante, segundo BARROSO, é de ordem operacional, isto é, os direitos individuais e políticos, em oposição aos sociais, careceriam, na visão de BARROSO, de um mero "não fazer", de uma mera "abstenção" dos outros indivíduos e, principalmente, do Estado. Na maior parte das vezes, afirma, esses direitos seriam fruíveis pelos cidadãos independentemente de "ônus", de atividades materiais, além de ter a seu favor a própria lei da inércia¹¹¹, contrastando, dessa forma, com os direitos sociais que, para sua efetivação, como já foi dito, careceriam da organização e atuação do Estado.

2.7.2 CRÍTICA À NÃO-CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A essa altura, não se pode fugir a um comentário crítico. A posição acima adotada por BARROSO, em sua excelente análise, é a explicação mais comum prestada, através dos anos, explícita ou tacitamente, por constitucionalistas de todos os matizes, para justificar a não-

¹¹⁰ BARROSO, *idem*, p. 102. Veja-se, mais detalhadamente, sobre a complexa temática da realização deste direitos, em CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 172, 198 e 365.

¹¹¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 101 e ss; BONAVIDES, *op. cit.*, p. 200 e ss.; e VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 254, onde se discorre sobre a maior facilidade de realização dos chamados direitos e liberdades negativas (direitos individuais) em oposição às positivas (direitos sociais).

concretização dos direitos sociais (chamados direitos da "segunda geração"). Com ela, porém, não se pode concordar.

Se, por um lado, há alguma verdade no fato de os direitos individuais e políticos terem alcançado uma concretização mais consistente do que os direitos sociais por freqüentarem a mais tempo a história da humanidade (explicação primeira do autor), de maneira alguma, por outro lado, pode a sua realização ser creditada ao fato de serem mais operacionais do que os direitos sociais (explicação segunda). Já os jusnaturalistas demonstravam o contrário. Sabiam eles muito bem, mesmo defendendo tais direitos como ínsitos à natureza humana, que sem uma máquina estatal forte que os assegurasse - lembre-se do Estado-Leviatã hobbesiano -, esses direitos não passariam de manifestação doutrinária e ideológica, carecida de qualquer juridicidade. Imagine-se o direito de propriedade, o de ir e vir, ou o de ação, sem um ponderoso aparelhamento estatal que lhes desse garantia.

Não corresponde, dessa forma, à realidade afirmar que só os direitos sociais necessitam da organização e da atuação do Estado, ou que delas necessitam mais. Todos os direitos, principalmente na perspectiva do monismo jurídico (o Estado como o único centro produtor de direito), que é a posição da maioria dos autores ora criticados, como instituição positiva que são, pressupõem a existência, recursos, aparelhamento e a atuação estatal, seja para implementá-los diretamente, seja para garantir a expectativa de que qualquer violação a eles será remediada ou reprimida. Na linguagem de LUHMANN, dizer-se-ia que todos os direitos necessitam da presença do Estado para a sua "generalização congruente".

O que parece ocorrer com posicionamentos como o que ora se discute é uma confusão, teoricamente nefasta, entre **atuação negativa** do Estado (no sentido de coibir e de não gerar interferências), que é prioritária nos direitos individuais, e **ausência de atuação**, que, como se sabe, no plano empírico, não gera ou garante qualquer direito. Os próprios cultores do

*pluralismo jurídico*¹¹² demonstram de maneira eficiente e irretocável, ao identificarem a existência de direitos fora da produção jurídico-estatal, que se opera em tal fenômeno uma transferência da atuação e organização garantidoras (ausentes) do Estado para a atuação e organização (substitutas) dos próprios grupos sociais, que buscam assim dar respostas às necessidades não correspondidas pelo Poder Público. De qualquer maneira, a ninguém escapa, atuação e organização são sempre necessárias, pois o direito não é um *estampido* histórico, incorporado de maneira isolada, passiva e imóvel a uma lei positiva, sem necessidade real de proteção ou garantia, é, pelo contrário, diriam ROBERTO LYRA FILHO¹¹³ e mesmo um IHERING¹¹⁴, um processo histórico, de luta, de atualização e de atuação humana, dia após dia. Uns, os que podem, se valem do Estado; outros, segundo LYRA FILHO, das organizações e lutas coletivas.

Em termos empíricos, política e financeiramente falando, seria tarefa destinada ao fracasso, por tudo quanto evidencia a realidade, qualquer pesquisa que objetivasse provar que o Estado capitalista (e tome-se o brasileiro como exemplo) tem se empenhado menos na proteção dos chamados direitos individuais e políticos clássicos, que consolidaram os

¹¹² Por todos, WOLKMER, *op. cit.*, p. 276, onde se lê: "Na medida em que o órgão de jurisdição do modelo de legalidade estatal convencional torna-se funcionalmente incapaz de acolher as demandas e de resolver os conflitos inerentes às novas necessidades engendradas pelos movimentos sociais, nada mais natural do que o poder societário instituir novas instâncias extrajudiciais assentadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização". Ver também SOUSA JR., J.G., *op. cit.*, *passim*.

¹¹³ LYRA FILHOS, Roberto. *O que é direito*, *passim*

¹¹⁴ VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*, onde se lê a clássica passagem (p.15), sempre citada, mas esquecida por aqueles que concebem um direito que possa existir mediante mera abstenção: "Todo direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate contra as legiões de opositores; todo e *qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta*. O direito não é um simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito". O autor conclui o seu belo livro com as seguintes palavras (p.119): "No momento em que o direito renuncia a luta, ele renuncia a si mesmo. Também ao direito aplicam-se estas palavras do poeta (GOETHE):

É esta a palavra final do sábio:

A vida e a liberdade só a merece

Aquele que sem cessar tem de conquistá-la "

interesses do homem burguês, e mais na realização dos direitos sociais, que representam os interesses do homem trabalhador.

O que fica, pois, por se demonstrar, questão quase nunca enfrentada por constitucionalistas (à exceção, que se saiba, de CANOTILHO¹¹⁵), é o que justifica, por um lado, I) a aplicação considerável de recursos públicos em setores que tendencialmente se destinam a proteção dos chamados direitos individuais clássicos (de origem burguesa), que teoricamente, segundo afirmam, exigiriam apenas a "ausência" do Estado¹¹⁶, como é o caso, apenas como exemplos, de a) todo o aparelho do judiciário a proteger, de maneira privilegiada, os direitos individuais, como também a promover a realização de eleições (direitos políticos); b) aparelho policial e outras instituições, gerais ou setorializadas, para a proteção, a garantia e desenvolvimento da propriedade (industrial, intelectual, rural, urbana, etc.); c) infraestrutura básica e um enorme complexo financeiro-administrativo (bancos estatais de fomento, autarquias, fundos e outras entidades do Poder Público) que garantem a produção (livre iniciativa?) capitalista - o que, num país capitalista, não parece ser errado -, e, por outro lado, II) a correspondente dificuldade, principalmente em países como o Brasil, na destinação de recursos que possibilitem a efetivação dos chamados direitos sociais (educação, cultura, saúde, moradia e previdência social) - o que, isto sim, não parece ser correto.

Poder-se-ia ainda perguntar o seguinte: se na "reserva do possível", como asseverado pelos constitucionalistas e aqui por BARROSO, estão localizados os direitos que, pela complexidade que envolvem, a sua "realização submete-se aos limites econômicos e políticos

¹¹⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, *passim*.

¹¹⁶ Sobre as recorrentes alegações de não concretizar a suficiência constitucionalmente definida do salário mínimo, um direito social, e os soberbos gastos governamentais em outras áreas, mais de interesse dos setores empresariais, diz FLORESTAN FERNANDES: "Um diferença tão diminuta em um salário mínimo de fome teria a esse poder de ameaçar o presente e o futuro do país? Ridículo. Especialmente quando se toma em conta o que o governo investe na preservação de formas de produção agrárias arruinadas, no comércio de importação e exportação (em escala menor), na "segurança" dos bancos, na depreciação do dólar, na satisfação das exigências especulativas estrangeiras, etc. Se quisermos uma sociedade nova, precisaremos canalizar recursos para 'áreas sociais'. Ou cuidamos do povo ou o Brasil não escapará da ruína dos gigantes de pés de barro" Extraído do jornal FOLHA DE SÃO PAULO, do dia 30.01.95.

da realidade", quais, então, dentre os direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) não fixariam moradia em tal "reserva", pois quais não exigem uma permanente opção (política e econômica) do Estado e da sociedade, que lhes garanta a sobrevivência? Enfim, existe um só direito (social ou não), cuja realização não se submeta "aos limites econômicos e políticos da realidade"? Vamos a um só dos exemplos sugeridos pelo autor¹¹⁷: o que seria do direito de propriedade sem o enorme complexo de instituições econômicas, políticas e sociais, mantidas no e pelo Estado, a lhe proteger? Bastaria a sua só presença entre os elencados no rol de direitos fundamentais da Constituição para que ele, num átimo, se concretizasse? Em linguagem jurídica, bastaria isso para que ele fosse fruível, imediata e diretamente, por seu destinatário? Não está no excluir os outros (opor-se *erga omnes*¹¹⁸, como querem os civilistas) a verdadeira essência do *direito real* de propriedade? Quem, na ausência do Estado, garantiria tal faculdade?

As perguntas acima falam por si mesmas, mas não seria despicienda a ressalva de que, se é verdade, como se afirma, que os direitos individuais têm como característica fundamental a exclusão (não interferência) de quaisquer outros para a sua efetiva fruição, num mundo em que os *excluídos* superam, em termos quantitativos, de maneira absoluta e generosa os *incluídos*, é de se concluir que, ao contrário do que gostariam vertentes jurídicas do constitucionalismo e vertentes políticas do neoliberalismo, talvez nenhuma das categorias dos direitos fundamentais careçam tanto da presença do Estado (a garantir a exclusão) quanto os direitos individuais.

Não se pretende com essa argumentação, claro está, afastar a idéia, teoricamente relevante, da "reserva do possível", apenas se busca deixar explícito que o que aí os constitucionalistas costumam localizar (normalmente os direitos sociais e as normas ditas programáticas), justificando a sua não-concretização, não se deve apenas ou mesmo

¹¹⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 104-105

¹¹⁸ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 144; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, p. 323.

principalmente a dificuldades iminentes a esses próprios direitos, mas, deve-se, antes de tudo, se bem analisado, a uma opção, permanentemente renovada, dos setores responsáveis (classes e grupos dirigentes) pelas decisões políticas conjunturais (de governo) da sociedade, que prescindem e violam as decisões fundamentais (constitucionais) adotadas democraticamente, no processo constituinte, pela comunidade¹¹⁹.

O problema, pois, do que tem sido dito pelos constitucionalistas sobre "a reserva do possível" é que eles têm dado por comprovado (os direitos sociais fazem parte da "reserva do possível") o que, em verdade, pede comprovação (como e porque é que lá estão). E, ainda, em outros termos, o grande problema de uma Teoria Constitucional, democraticamente concebida, não é afirmar quais dos direitos constitucionais fazem parte da "reserva do possível", mas porque alguns saem de lá com tanta facilidade, enquanto outros lá se eternizam.

¹¹⁹ NEVES, *A constitucionalização simbólica*, p. 129 e ss. Nesta obra, encontra-se-á, com maior profundidade e elegância, muitos dos pontos aqui defendidos. Na própria idéia de constitucionalização simbólica aparece iminente a "sobreposição do sistema político (e econômico) sobre o jurídico". Explica-se: ao compreender a Constituição como vínculo entre o Direito e a política, o autor pressupõe a "autonomia operacional de ambos os sistemas". Mas, como já informa NEVES, nas "constituições instrumentalistas" e "simbólicas", ao contrário, ocorre a referida sobreposição. Nas "constituições instrumentalistas" tal interferência se dá através da própria emissão de leis (supra)constitucionais (vide os atos institucionais do regime militar), impedindo a diferenciação do código lícito/ilícito (direito) com o poder (política); já no "constitucionalismo simbólico" a diferenciação existe, assegurando-se a autonomia do sistema jurídico, mas apenas no nível normativo-constitucional, enquanto através da concretização do texto constitucional vai-se operando o bloqueio da autonomia do sistema jurídico (p. 131), numa atividade (infraconstitucional) de permanente negação da Constituição. Além disso, há uma exploração do sistema jurídico pela política, fazendo com a Constituição (violada) cumpra outras funções, entre as quais a de confortar e flexibilizar o descontentamento da sociedade (Constituição álibi), como parece ser em grande medida o exemplo dos direitos sociais. Mas o próprio sistema político perde a sua eficiência (influenciado por outros interesses a partir de outros códigos - ter/não ter, por exemplo). As consequências da constitucionalização simbólica é, segundo NEVES, uma "paradoxal realidade constitucional inconstitucional", já que o problema não estaria tanto na "inconstitucionalidade dos atos normativos", sempre sujeitos ao controle, mas sim no nível das práticas informais descaracterizadoras dos próprios procedimentos constitucionais (tendo-se como exemplos: a prisão sem o *due process of Law*, deturpação do processo eleitoral e prática judicial corrupta) (p. 136). A Constituição, dessa maneira, é utilizada como figura de retórica. Mas não é só isso, a própria construção de uma dogmática e teoria jurídico-constitucionais ficam prejudicadas, uma vez que não se mostra possível uma abstração (dogmática jurídica) congruente, muito menos uma "abstração da abstração" (teoria jurídica), já que o "controle de consistência em relação à decisão de outros casos" fica comprometido frente as imposições de constelações de interesses". Daí o "desvio retórico" de referências recorrentes a casos da jurisprudência e experiências estrangeiras, onde o Direito Constitucional se mostra possível (p. 136). Tudo isso faz com que fique comprometida a própria legitimação do sistema jurídico, e a Constituição, como "generalização congruente de expectativas" (como o são direitos fundamentais, principalmente), perde sua função perante interesses particularistas, com graves problemas de legitimação.

Através de tais questionamentos, poder-se-ia, por exemplo, explicar porque e como é que o salário mínimo (art. 7º, IV, CF/88), que à época de sua instituição, graças às condições econômicas e políticas de um Brasil atrasado, incluía-se na "reserva do possível", permaneceu sem efetivar-se, na sua suficiência, infringindo-se a imposição constitucional, mesmo depois de ininterruptos períodos de crescimento da economia brasileira. A resposta apresentada pelos governantes que se sucedem é, como é sabido, a mesma dos constitucionalistas, isto é, a não-efetivação deste direito constitucional (a suficiência do salário mínimo) deveu-se a condições econômicas, que indicaram a necessidade de não se aumentar a massa salarial para que não ocorresse o bloqueio da estabilização e do crescimento da economia ou para não prejudicar a saúde financeira do Estado, justificando-se assim a sua permanente presença na lista da "reserva do possível".

Mas, se há alguma consistência e sinceridade nessa resposta, por que é que não se aumentou o salário mínimo em direção à concretização da norma constitucional, enquanto a economia, a renda *per capita* e a produção nacional, durante todas essas décadas, cresceram, globalmente, várias vezes? Por que é que não se aproveitou o aumento da economia para, combatendo a sonegação, aumentar as receitas tributárias do Estado, garantindo uma justiça fiscal e protegendo os cofres públicos contra o aumento do salário mínimo? Quanto a isso, como se vê, a "reserva do possível" nada pode dizer! Como todos os conceitos que se usa para tudo explicar, também este nada explica.

Na recente história brasileira, todos têm sido unânimes ao condenarem o vil e insignificante valor do salário mínimo (condições, portanto, políticas favoráveis), a economia multiplicou-se várias vezes (condições econômicas ótimas), assim, afora uma má vontade, que parece ser definitiva, das classes dirigentes em diminuir as suas altas taxas de lucros, do legislador em interpor a norma concretizadora, que consagre uma justa distribuição de renda, e do Judiciário em fazer cumprir a norma constitucional, todas as condições estavam dadas e, inobstante isso, o preceptivo constitucional que define o salário mínimo vem, através das décadas, se mantendo neste limbo infernal, cognominado "reserva do possível".

Receia-se, por outro lado, que, no caso do salário mínimo e de outros direitos sociais, o que os constitucionalistas, para justificar as suas teorias, e nossos tribunais, para justificar as suas decisões, denominam *por condições econômicas e políticas favoráveis*, na idéia de "reserva do possível", seja, quanto ao aspecto político, a vontade dos governantes brasileiros em concretizar as imposições constitucionais, e, quanto ao aspecto econômico, a generosidade dos empresários nacionais em diminuir os seus lucros. Ora, se as coisas assim se passarem, só resta dizer com HANNAH ARENDT acima citada: "estamos perdidos!".

Assim, a possibilidade da não-concretização do aumento do salário mínimo se dever mais às posições conservadoras de nossas elites do que à sua verdadeira potencialidade de prejudicar planos econômicos pôde ser testemunhada por importante personagem da história brasileira, insuspeito de impulsos subversivos, o ex-Ministro do Planejamento, o economista e banqueiro JOÃO SAYAD (que pela honestidade e relevância do relato, apesar de grande, deve escapar à nota de rodapé), nos seguintes termos: *"se o aumento do salário mínimo atrapalha o Plano (econômico), (...) o que é que não atrapalha? Qualquer mudança de preços importantes atrapalha qualquer plano de estabilização. Abaixar os juros, o que agradaria os empresários, aumenta a demanda e atrapalha o plano. Corrigir o câmbio para melhorar o superávit comercial atrapalha muito o plano. Mas os trabalhadores perguntariam: e quando é que se poderá aumentar o salário mínimo? Depois de que reforma ou sob que condição? Entre 64 e 84, dizia-se que primeiro o bolo tem de crescer, depois ser repartido. Parece que nunca pode. O que incomoda mesmo no Brasil é a unanimidade conservadora. As idéias que brotam aqui, na realidade, não brotam: renascem como velhas bananeiras, que depois de muitos e muitos cortes dão sempre as mesmas bananas"*¹²⁰.

Num último suspiro, para concluir esse desabafo crítico, frise-se o seguinte: os direitos sociais passam, no plano da realidade, pelo mesmo processo de concretização de qualquer dos

¹²⁰ SAYAD, João. *Sempre existe um "mas"*, artigo publicado no jornal FOLHA DE SÃO PAULO, do dia 28.01.95.

outros direitos, não se resolvendo, é óbvio, apenas no plano normativo, pois a Constituição não cria o paraíso pelo simples fato de existir. As dificuldades que o Estado e a sociedade enfrentam na realização desses direitos são da mesma estatura que as encaradas quando da efetivação de outros direitos. Assim, o que não se pode aceitar é que as classes e grupos dirigentes, no Brasil, com o argumento de que não se pode realizar tudo o que foi estabelecido pela Constituição, em matéria de direitos sociais, se vejam desobrigados a concretizarem, aí sim, o que a realidade já aponta ser possível. Mas, neste momento, reconheça-se, o âmbito do discurso já é eminentemente político, por onde, entretanto, também passa o direito.

Retornando, assim, à esfera da argumentação jurídico-constitucional, considere-se relevante o fato de que, na sábia apreensão se CANOTILHO¹²¹, a Constituição não transfere ao legislador a competência para criar os direitos sociais, econômicos e culturais: ela mesma os cria. O que é transferido ao órgão legislativo ordinário é a capacidade de, ao regulamentar tais direitos, torná-los instrumentalizados. Na sua afirmação: "os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados contra omissões inconstitucionais do legislador"¹²².

2.7.3) Retoma-se agora a síntese da classificação das normas constitucionais, de LUÍS ROBERTO BARROSO, de acordo com a qual existem ainda, como espécie do gênero das normas constitucionais, as chamadas normas constitucionais programáticas.

Com o Estado intervencionista, surgido após o período pós-guerra, passam a fazer parte das Constituições contemporâneas preceptivos normativos com "mero caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas", cuja efetivação se dará de maneira progressiva, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade"¹²³. As normas assim

¹²¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 371

¹²² CANOTILHO, *idem, ibidem*.

¹²³ BARROSO, *op. cit.*, p. 110.

identificadas caracterizam-se como disposições indicadoras de fins sociais a serem buscados pela sociedade. Seria um bom exemplo de tais normas os incisos I, II e III do art. 3º, da Constituição de 1988: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Têm os autores, historicamente, mantido uma postura reservada em relação a tais normas, sempre criticando-lhes a ausência de um "correspondente sistema de sanções"¹²⁴. Mas a verdade é que, do ponto de vista de sua eficácia formal, de há muito, não remanesce qualquer dúvida de que não há, no universo jurídico, muito menos no interior de uma Constituição, algo como uma norma "destituída de qualquer eficácia"¹²⁵, ainda que possam elas, as normas, ensejarem graduação quanto à intensidade de sua eficácia e aplicabilidade.

Confirmando, deste modo, as conclusões aqui tantas vezes realçadas, também BARROSO entende gerarem as normas constitucionais programáticas efeitos "imediatos e mediatos"¹²⁶. No que se refere aos efeitos mediatos, o controle exercitável sobre a efetivação da normas é frágil. Isto porque, por dependerem de atividade estatal, "a ser desenvolvida segundo critérios de conveniência e oportunidade, a discricionariedade de tal competência exclui a intervenção judicial para sua concreção efetiva"¹²⁷ (sobre a difícil e conflituosa questão da discricionariedade do legislador em concretizar as imposições constitucionais e a possibilidade de seu controle pelo judiciário se discutirá no capítulo seguinte).

¹²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, apud BARROSO, op. cit., p. 111

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 100 e BARROSO, op. cit., p. 112.

¹²⁶ BARROSO, op. cit., p. 112.

¹²⁷ BARROSO, op. cit., p. 112-3

Já no que diz respeito aos efeitos imediatos, algo se passa diferente, já que sua exigibilidade é imediata e as normas programáticas nos estabelecem, desde já, os seguintes efeitos:

(1) "revogam os atos normativos anteriores à sua vigência" e que a elas contrariem;

(2) impõem um juízo de inconstitucionalidade sobre os atos normativos que, posteriores à sua vigência, lhe sejam incompatíveis;

Em torno de tais asserções é que se pode afirmar que, quanto aos seus efeitos imediatos, tais normas conferem ao cidadão direito a:

(a) opor-se judicialmente às normas ordinárias que, atingindo-o, forem contrárias ao estatuído nas normas programáticas;

(b) granjearem no judiciário, em processos de que forem partes, interpretação consentânea com o seu sentido¹²⁸.

Por último, registre-se, em conformidade com BARROSO, a dificuldade muitas vezes percebida de demarcar-se com clareza normas constitucionais consagradoras de direitos imediatamente usufruíveis, sem o caráter da programaticidade (como, p. ex., o art. 7º, II, que confere ao trabalhador desempregado involuntariamente o seguro desemprego), e normas eminentemente programáticas, como, na visão de BARROSO, a que estabelece que a família tem especial proteção do Estado (art. 226, CF/88).

¹²⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 113 e BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 19 e ss.

2.8. CANOTILHO E O FIM DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Encerrando o percurso aqui desenvolvido, das classificações das normas constitucionais, recolhe-se agora a contribuição do autor que vem emprestando orientação a este trabalho: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANUTILHO. No que atina a todas as tentativas de sistematizar em categorias as normas constitucionais, a posição deste autor quanto ao que se tem dito sobre as normas programáticas pode mesmo ser considerada uma revolução, uma vez que, consoante o seu entender, "*marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas*"¹²⁹.

E não era por simples desapego a posições vetustas que CANOTILHO chegara a tal conclusão. Na verdade, fundamentava-se numa clara e consciente compreensão do significado que deve ter uma Constituição. Para ele, como para outros autores mais contemporâneos (HESSE, ENTERRIA), a Constituição significa a "ordem jurídica fundamental de uma comunidade"¹³⁰. Através de seu conteúdo, a Constituição organiza o Estado, assegura os direitos fundamentais e traça os fins e tarefas a serem prosseguidas pela sociedade. É verdade que as normas jurídico-constitucionais (regras e princípios), utilizadas na consecução deste conteúdo, são, como se verá, de diversa "natureza e densidade", mas, no seu conjunto, todas essas regras e princípios "valem como lei", o que quer dizer que "o direito constitucional é direito positivo"¹³¹. Ao falar na *Constituição como norma* (GARCIA DE ENTERRIA) e na *força normativa da Constituição* (K. HESSE), objetiva o CANOTILHO afastar qualquer "semântica constitucional" que atribua a qualquer norma constitucional um sentido não normativo, daí sua recusa à expressão normas programáticas.

¹²⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucionais*, p. 189. É bom que se lembre que outra das mais importantes obras do autor, *A Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, tantas vezes aqui citada, tem como um de seus pontos fulcrais a discussão das normas programáticas.

¹³⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 189-190

¹³¹ CANOTILHO, *idem, ibidem*.

Para o professor da Universidade de Coimbra, independente da classificação que se erija, *as normas constitucionais são isso mesmo: normas*, e como tal: 1) "possibilitam regular jurídica e efetivamente as relações da vida" e 2) dirigem as condutas e "dão segurança a expectativas de comportamento"¹³².

Para chegar à conclusão do ocaso das normas programáticas, considera também CANOTILHO o fato de que, seja lá a compreensão que se queira dar a essas normas, lhes é hoje reconhecido amplamente o seu estatuto normativo, idêntico ao de qualquer outro preceito constitucional. Por isso que *"a eventual mediação, pela instância legiferante, da concretização das normas programáticas, não significa a dependência deste tipo de normas da 'interpositio' do legislador, é (pelo contrário) a positividade das normas-fins e normas-tarefas (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes"*¹³³.

Neste sentido, essas normas (tidas como programáticas), como qualquer outra norma constitucional, têm a sua normatividade confirmada nos seguintes aspectos: *"(1) - Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional). (2) - Como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição). (3) - Como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariem"*¹³⁴.

Como se vê, se o sentido que se atribui às normas programáticas é o de ser "meras exortações morais", "simples programas", "aforismos políticos" ou "apelos ao legislador",

¹³² CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p.180

¹³³ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 190

¹³⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 190

ganha razão CANOTILHO, ao, comprovando-lhes o inerente valor normativo, afastar-lhes o rótulo de *programáticas*.

Diante dessa interminável discussão em torno da "verdadeira" ou "mais eficiente" classificação das normas constitucionais, afigura-se *constitucionalmente* mais *adequada*, segundo CANOTILHO, sem desprezo a outros posicionamentos, a compreensão do Direito Constitucional como um "sistema normativo aberto de regras e princípios"¹³⁵ (DWORKIN). Dessa concepção infere-se uma maior consistência normativa do Direito Constitucional, uma vez que nela a Constituição apresenta-se como (1) um sistema aberto por ser um "sistema *dinâmico* de normas"¹³⁶; (2) um sistema aberto por consistir numa "estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça"¹³⁷; (3) sistema normativo, já que "a estrutura das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas"¹³⁸; (4) apresenta-se também como um sistema de regras e princípios, pois as normas constitucionais podem "revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras"¹³⁹.

O que se deduz nesta última distinção (regras e princípios) é a assunção por parte do autor, através de DWORKIN, de uma nova metodologia frente às normas constitucionais, pois enquanto, normalmente, as teorias tradicionalmente distinguem as normas dos princípios, CANOTILHO assume uma concepção diversa: a) tanto as regras como os princípios são

¹³⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 171

¹³⁶ Sobre o conceito de direito como sistema, ver CANARIS, C-W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 25 e ss.

¹³⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 171

¹³⁸ CANOTILHO, *idem ibidem*.

¹³⁹ CANOTILHO, *idem, ibidem*.

modalidades de normas e, portanto, b) "a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas"¹⁴⁰.

Por aí já se percebe uma nova classificação, que ganha cada vez mais relevância na órbita da Teoria e do Direito Constitucional, que é a divisão das normas constitucionais em regras e princípios.

2.8.2) Regras e Princípios Constitucionais

Todos os preceitos constitucionais enquadram-se numa dessas distinções (regras ou princípios), não sendo fácil atribuição distingui-las no interior do "superconceito norma": quais são regras e quais constituem princípios? Alguns são os critérios fornecidos pela doutrina para auxiliar nessa distinção: I) **grau de abstração**: são os princípios normas com um grau de abstração mais elevado que as regras; II) **grau de determinabilidade**: enquanto o princípio, sendo mais vago e indeterminado, precisa de intermediação (do legislador ou juiz) para aplicação no caso concreto, as regras, por seu turno, "são suscetíveis de aplicação direta"; III) **caráter nomogenético de fundamentalidade no sistema**: devido à sua posição hierárquica, dentre as fontes do direito, e à sua função de estruturante do sistema normativo, os princípios têm aí papel fundamental, ao constituírem como base e orientação de outras normas; IV) **proximidade da idéia de direito**: são os princípios "*standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ), (enquanto) as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional"¹⁴¹; V) os princípios correspondem a uma exigência de otimização, "compatível com vários graus de concretização", segundo as condições impostas pela realidade e pelo sistema jurídico; as

¹⁴⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 172

¹⁴¹ CANOTILHO, *idem, ibidem*.

regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem)"; VI) os princípios permitem e toleram conflitos, balanceamento de valores, ponderação; as regras, pelo contrário, não abrem espaço para antinomias, são ou não cumpridas, valem ou não valem, regras não convivem ante regras antinômicas, excluem-se¹⁴².

Mas, independentemente, das diferenças que possam ter, o fato é que tanto a Constituição como o ordenamento jurídico carecem de princípios e regras. Precisam de regras porque nenhuma ordem normativa suportaria uma absoluta indeterminação, carecendo de normas precisas sobre pontos cuja solução normativa é exigida de maneira objetiva e detalhada (um cidadão, diz CANOTILHO, só pode ter direito à vida, não há meio termo)¹⁴³. Por outro lado, também carece o Direito Constitucional de normas como os princípios, que exijam e permitam, graças aos valores que eles veiculam (liberdade, justiça, dignidade, democracia), uma otimização "aberta a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos"¹⁴⁴.

A importância da distinção intuída por CANOTILHO (principalmente, a partir de DWORKIN) capta-se em diversas direções, com isso justificando a sua presença neste rol de classificações. Primeiramente ela permite solucionar alguns dos mais graves problemas no âmbito do Direito Constitucional, como é o caso da "colisão de direitos fundamentais"¹⁴⁵. Em segundo lugar, e isso parece ser o mais importante, porque a concepção da Constituição como

¹⁴² CANOTILHO, *idem, ibidem*

¹⁴³ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 175

¹⁴⁴ CANOTILHO, *idem, ibidem*

¹⁴⁵ É bem comum na órbita do Direito Constitucional os conflitos entre normas constitucionais, principalmente, diz o autor, os que envolvem os direitos fundamentais. A Constituição de 1988 lançou os juristas numa verdadeira maranha hermenêutica ao prescrever como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III) o direito de propriedade e a função social da propriedade. Na verdade, tomados como princípios, na acepção, aqui trazida, podem, sem maiores problemas, não só manter uma convivência pacífica, respeitando-se mutuamente os seus núcleos essenciais, como completarem-se um ao outro no sentido de buscarem a sua máxima realização. Interessante exemplo de conflito entre princípios nos traz EROS ROBERTO GRAU, RDA 191(93), p. 315 e ss, e também, RTDP,2(93), p. 130, envolvendo os princípios da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública, em que se chega a conclusão de que "em situação de absoluta exaustão da capacidade orçamentária", poderá a Administração, comprovada essa exaustão perante o STF, não cumprir as decisões do Poder Judiciário.

um sistema aberto de regras e princípios confere ao Direito Constitucional a possibilidade de "respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema". O que isso quer dizer explica o próprio CANOTILHO: "A respiração obtém-se através da textura aberta dos princípios; a legitimidade entrevê-a na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentais da ordem jurídica; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição"¹⁴⁶

Ao final deste capítulo, em que foram arroladas as mais significativas classificações das normas constitucionais da doutrina nacional, vai-se fugir ao que de tradicional vem sucedendo com investigações sobre o tema, pois ao invés de oferecer-se mais uma entre as tantas *definitivas* classificações, opta-se por, globalmente, avaliar qual a verdadeira relação de tais sistematizações com a luta pela efetivação das normas constitucionais. E a resposta a tal questionamento, embora não seja de todo decepcionante, parece mais reconduzir a teoria constitucional a um lugar de humildade reflexiva, ao dar-se conta do muito que ainda resta por se fazer, do que sugerir uma pretensa panacéia para todos os problemas da efetividade constitucional. E isso por muitas razões.

A simples situação de uma norma constitucional, nesta ou naquela classificação, não esclarece muitas das outras dificuldades que caracterizam a concretização das normas constitucionais, já que, no geral, os problemas que envolvem a transposição dos efeitos da norma do plano formal para a realidade empírica independem do lugar (classificação) que as normas ocupam. Assim, levando-se em consideração que, no dizer de HESSE¹⁴⁷, toda concretização traz como pressuposta a sua interpretação, perguntar-se-ia: quem é o interprete

¹⁴⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 176

¹⁴⁷ HESSE, *op. cit.*, p. 43 e CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 60, 64 e ss, 189 e ss.

privilegiado da constituição em função de sua concretização: o legislador (que emite as normas que regulamentam-concretizam a Constituição) ou o Judiciário (Tribunal Constitucional), a quem cabe o juízo de constitucionalidade das leis? Outra questão: qual o comportamento constitucionalmente mais adequado do Judiciário ante as normas que, não importando a classificação a que pertençam, permaneçam sem provocar os seus mais relevantes efeitos porque o legislador se mantém inerte: esperar a atuação do legislador, dando à norma a interpretação mais restritiva, em respeito ao princípio da separação de poderes, ou deve, pelo contrário, dar-lhe a interpretação mais abrangente, retirando-lhe todos os efeitos, consoante o princípio da máxima efetividade das norma constitucionais? Outra: o que fazer quando uma norma, mesmo tida como de eficácia plena, tem os seus efeitos reduzidos, contrariando-lhe o sentido, pela interpretação concretizadora que lhe dão os órgãos supremos do Estado¹⁴⁸? Ou ainda: qual a solução pertinente quando ocorre divergência quanto ao enquadramento da norma (eficácia plena, reduzida, contida, programática, etc)?

Toda essa série de questionamentos poderia ser reduzida às seguintes indagações: (1) o que se pode e o que se deve fazer quando o órgão que deveria concretizar o mandamento constitucional se mantém omissos¹⁴⁹? e (2) a quem cabe, em última instância, a "verdadeira" interpretação da Constituição?

¹⁴⁸ Por tudo quanto interessa à discussão aqui travada - a concretização das normas constitucionais -, é realmente sintomático, diante do que ora se avalia, o exemplo do aconteceu com o mandado de injunção (CF, art. 5º, inc. LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"), instituto criado para prevenir a não-efetivação de normas constitucionais, que, mesmo sendo interpretado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como norma de eficácia plena, teve os seus efeitos reduzidos, no célebre julgamento do MI 107, a uma mera comunicação ao órgão omissos. Ainda como exemplo, sirva-se da divergência, aqui já relatada, entre os autores, sobre a verdadeira disciplina do mandado de segurança, que, consoante alguns publicistas, por ser norma de eficácia plena não poderia ter a sua eficácia reduzida com a imposição legal de prazo decadencial de 120 dias (ATALIBA, Geraldo, RTDP 1, p. 147).

¹⁴⁹ Parece não ser desprovida de razão a afirmação, do ponto de vista pragmático, de que, graças a interpretação restritiva dada pelo STF ao instituto do mandado de injunção, já este não se apresenta com força suficiente para sanar este e tantos outros problemas de concretização constitucional. Também não seria improcedente a previsão de que uma interpretação mais dilatada dos efeitos desse instituto faria surgir uma série de outros problemas (de relação entre os Poderes, por exemplo), cuja timidez hermenêutica do Supremo acabou, paradoxalmente, por evitar.

Ora, o que se percebe é que tais problemas (1 e 2), da maior importância para a efetivação de uma Constituição, põem a nu uma séria e importante deficiência de todas as classificações que se faça ou se venha fazer em torno das normas constitucionais, ou seja, são problemas que elas não conseguem resolver, pois lhes antecedem e permaneceram depois mesmo de realizada a classificação.

Quem bem se deter constatará que se vê diante do velho, mas sempre renovado, problema da separação de poderes, pois, o que aí se apresenta é a questão de saber a quem cabe não apenas concretizar a norma constitucional, mas a quem se atribui velar por sua concretização e mediante quais poderes. Pode-se ainda perguntar aos que pensam que uma classificação é o ponto central da efetivação das normas constitucionais: mas a quem cabe a "correta" classificação de uma norma constitucional? Enfim, frente ao limbo da inefetividade a que muitas normas constitucionais são remetidas por desleixo e negligência do legislador, a quem cabe a fiscalização e a repressão dessa desídia inconstitucional?

Todos esses problemas envolvem conflitos entre os órgãos e Poderes supremos do Estado e são recorrentes na história do Constitucionalismo.

Compreenda-se que, conquanto se valorize a omissão inconstitucional como forma privilegiada de promover-se a não-concretização das normas constitucionais, o fato verdadeiro, entretanto, é que toda inconstitucionalidade (por ação ou omissão) é uma maneira de repelir a pretensão de efetividade da Constituição, pois, não se nega concretização ao texto constitucional apenas através de sua não-regulamentação, mas também, e às vezes principalmente, ao regulamentá-la (por ação) com efeitos diversos dos por ela pretendidos.

Assim, pensando ir ao ponto central desta questão, o que se buscará com o capítulo seguinte é a discussão da difícil coexistência entre os vários Poderes do Estado no que diz respeito a constitucionalidade de seus comportamentos ou omissões ante a concretização das normas constitucionais. Isso porque a primeira barreira levantada por qualquer órgão que opere

em contradição com a realização da Constituição é o princípio da separação de poderes. Já é histórica a defesa apresentada pelos órgãos supremos, ao serem flagrados em alguma inconstitucionalidade, de que não podem sofrer qualquer injunção ou limite de outro órgão supremo, já que tal atitude se revelaria violadora do princípio da separação de poderes. Esta análise cresceu de importância no momento atual, tornando-se mesmo mais complexa, porque, depois de aparentemente vencida a resistência do Legislativo e do Executivo em verem-se fiscalizados quanto à constitucionalidade das normas que produzem, a renitência desses poderes mostra-se revigorada ante a possibilidade de controle, pelo Judiciário, de sua omissão.

Pergunta-se, pois, se a natureza do controle por ação é da mesma natureza do controle por omissão? ou a atuação do órgão fiscalizador, como parece supor o STF, no controle por omissão deve ser mais singela? Em outras palavras, pode o legislador sofrer o mesmo controle quanto à omissão que suporta quanto age inconstitucionalmente? Se a liberdade para agir sofre os limites do texto constitucional, que lhes são impostos através do controle exercido pelo órgão fiscalizador (no caso brasileiro, o Judiciário), indaga-se se a liberdade para não agir é total ou deve sofrer também limitações e qual a natureza e extensão dessas limitações?

São esses os grandes problemas da concretização das normas Constitucionais, ainda não solucionados pelas diversas classificações realizadas pela doutrina pátria, e que aqui, como cabe a uma dissertação, se vai, no capítulo seguinte, apenas melhor caracterizá-los.

***3 - A CONCRETIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL COMO
PROBLEMA DE VINCULAÇÃO DO
LEGISLADOR E A POSSIBILIDADE
DE SEU CONTROLE***

3.1. A (IM)POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA INÉRCIA LEGISLATIVA

Este capítulo, como atrás se antecipou, destina-se a enfrentar dois dos maiores obstáculos teóricos e práticos à efetivação das normas constitucionais: o primeiro (1) diz respeito a uma recorrente tese jurídico-constitucional de que estaria na raiz da não-concretização das normas constitucionais a impossibilidade de se promover legitimamente, no âmbito do Estado de Democrático de Direito, um controle, por quem quer que seja, graças ao princípio da separação de poderes, da inércia e até mesmo das ações do legislador, único e legítimo representante da vontade popular, expressa nas urnas; o outro, (b) de âmbito operacional, seria o de se perquirir, em sede do juízo de constitucionalidade, uma vez que se entenda possível aquele controle, qual é o grau de vinculação e da conseqüente discricionariedade (se é que existe) do legislador ao texto constitucional.

Em síntese, mesmo que se conclua, como se fez no capítulo anterior, que todas as normas constitucionais têm eficácia, levando-se, porém, em consideração que, em sua maioria, elas têm como concretizador preponderante o legislador, no sentido de que carecem de sua intermediação normativa para passar do *plano da eficácia* (aptidão formal para produção de efeitos jurídicos) para o *plano da efetividade* (realização concreta de seus efeitos), *caso o legislador permaneça inerte*, pergunta-se (1) *o que fundamentaria a possibilidade jurídica de seu controle por outro órgão?* e (2) *qual é o grau de vinculação do legislador a uma efetiva concretização das normas constitucionais, ou, como anteriormente indagado, qual a liberdade de (não)atuação do legislador?*

3.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO LIMITE À CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Infoma JAVIER PEREZ ROYO¹ que, "de forma recorrente", onde quer que se tenha "imposto" um controle de constitucionalidade das leis, seja através de um órgão independente dos outros Poderes (Tribunal Consitucional), seja através de órgão do próprio Poder Judiciário, estivesse ou não previsto no texto constitucional, são "os juristas obrigados a refletir sobre a posição que ocupa ou o poder judiciário em relação ao legislador, ou (sobre) o Tribunal Constitucional dentro do sistema constitucional de divisão de poderes, isto é, em relação com os demais órgãos do Estado em geral, incluído o poder judiciário, e eventualmente inclusive em relação com o próprio poder constituinte"². No Brasil, onde o controle jurídico de constitucionalidade foi entregue ao Poder Judiciário, estas discussões se concentram nas conflituosas relações entre este Poder e o legislador, trazendo recorrentemente à superfície o sempre problemático, teórica e juridicamente falando, princípio da separação de poderes.

A razão para tantos dissídios teóricos e jurídico-constitucionais em torno desse tema pode ser resumida na constatação de um dos maiores críticos do controle judicial da constitucionalidade das leis, CARL SCHMITT, para quem a Justiça Constitucional "é em realidade legislação, e inclusive legislação constitucional e não justiça"³. Essa polêmica e peremptória afirmação, apesar de ampla e permanentemente repudiada, impõe à idéia de controle da concretização e efetivação das normas constitucionais questões plenas de perplexidade e incômodo: (a) podem as graves questões políticas que envolvem a efetivação das normas constitucionais se submeter à decisão de algum tribunal e resolver-se segundo critérios e métodos de uma decisão essencialmente judicial? (b) de onde extrairia o órgão chamado a controlar a inércia do legislador os "critérios" e limites jurídicos de sua decisão,

¹ ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional e Division de Poderes*. p. 11 e ss.

² ROYO, *op. cit.*, p. 12

³ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*, p. 45 *apud* ROYO, *op. cit.*, p. 12

uma vez que aquele órgão é chamado a intervir precisamente em situações nas quais se verifica uma "insuficiência" ou abundância de sentido do texto constitucional⁴ ?

Tais indagações, para dizê-lo de uma outra maneira, podem ainda ser destrinchadas em outras tantas questões, como, por exemplo: (1) qual a natureza das relações existentes entre a política e o direito, ou seja, é possível uma completa "juridicização" do Estado e da política, sendo o Estado a instância principal da "manifestação" do poder político? (2) Qual a legitimidade a fundamentar o controle da atuação (ou da omissão) do Legislativo ("órgão democraticamente constituído") por uma Corte Constitucional (independente ou, como no Brasil, parte integrante do Judiciário), que não é, pelo menos diretamente, produto da escolha popular, além de "não ser responsável política e juridicamente ante ninguém"?⁵ (3) Qual a "possibilidade mesma" de que o "órgão que exerce o controle de constitucionalidade" possa decidir jurídica e não politicamente?⁶ (4) Não seria, pois, o princípio da separação dos poderes uma barreira intransponível à possibilidade de que um dos poderes (no caso brasileiro, o Judiciário) ou um outro órgão (onde exista o Tribunal Constitucional) viesse a controlar o conteúdo e sentido das ações dos outros poderes, ou, o que é mais grave ainda, controlar a sua não-atuação?

Questões como essas é que convertem a justiça constitucional, não importa a forma que assuma (órgão independente ou integrante do Judiciário), em um tema problemático, em todos os países em que foi implantada. Isso porque do ponto de vista teórico, e tomado de maneira unilateral, é óbvio que (a) não há como juridicizar completamente a política (dentro ou fora do Estado); (b) do ponto de vista da democracia, racionalmente, parece indefensável o controle de

⁴ ENTERRIA, Eduardo G. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p.158

⁵ ROYO, *op. cit.*, p.15

⁶ ROYO, *op. cit.*, p. 15

um órgão democraticamente escolhido por outro que não o foi; (c) nem resta dúvida de que "a justiça constitucional é uma justiça política"⁷.

Uma atuação sem limites do órgão encarregado da fiscalização judicial, através do juízo de inconstitucionalidade, dos atos e omissões do legislador, destinada assim a velar pela concretização constitucional, só seria possível prescindindo-se da legitimidade democrática, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, e, o que parece mais trágico, com a necessária adoção, por parte do órgão fiscalizador, de decisões políticas, para as quais não está preparado. É este estado de coisas que, em síntese, tem justificado os ataques dos críticos a qualquer possibilidade de algo como uma justiça constitucional. O órgão que, sob o argumento de controlar a constitucionalidade, viesse a dizer ao legislador o que é correto ou não em suas ações, (1) declarando nulos os seus atos ou (2) emitindo decisões com força vinculativa a respeito de sua omissão (problema que toca diretamente a efetivação das normas constitucionais), estaria, no primeiro caso, legislando negativamente (KELSEN), e, no segundo, legislando, às abertas, de maneira positiva.

As omissões, pois, do legislador, e para alguns até mesmo os seus atos inconstitucionais, deveriam permanecer intocadas, pois o remédio, a Justiça Constitucional, seria, por tudo, mais prejudicial do que o mal a que se visa corrigir. Daí se entender porque mesmo a literatura que

⁷ ROYO, *op. cit.*, p. 14. Segundo JAVIER PEREZ ROYO, com o que não se pode discordar, "O problema política-direito no marco do Estado como forma política é insolúvel teoricamente. Não admite mais que soluções do tipo prático. Pois, por uma parte, é inegável que o Estado é ente criador de direito e não é, portanto, possível a submissão absoluta do criador à criatura. Por outro lado, tampouco cabe dúvida de que a sociedade civil sobre a qual se eleva o Estado é uma sociedade que tende a configurar-se como uma 'cadeia ininterrupta de relações jurídicas' (PASHUKANIS, *Teoria General del Derecho y Marxismo*, p. 73). e tende, por isso, inequivocamente à substituição do poder arbitrário e imprevisível por um poder regrado e controlável. Nenhum desses elementos pode ser suprimido. Ambos coexistem de forma mais ou menos contraditória ou harmoniosa, mais sempre em tensão. E nela é que instalam as relações entre política e direito. Se é impossível submeter por completo o Estado ao direito, também o é na prática a atuação de um Estado à margem por completo do respeito às formas jurídicas", p. 14-15.

se põe a justificar a Justiça Constitucional, como abaixo se verá, é uma literatura essencialmente sobre os seus limites⁸.

Confrontado com tais questões CARL SCHMITT, por exemplo, não teve dúvidas ao responder: "*Uma expansão sem inibições da Justiça não transforma o Estado em jurisdição, senão os Tribunais em instâncias políticas. Não conduz a juridificar a política, senão que a politizar a justiça. Justiça constitucional é uma contradição no termos*"⁹. E resumindo o seu sentimento sobre a possibilidade de os tribunais, órgãos técnicos por excelência, virem a controlar, através de juízos de constitucionalidade, as ações do legislador, utilizou a famosa frase de GUIZOT: "*a justiça tem tudo o que perder e a política nada a ganhar*"¹⁰.

No Brasil as dificuldades e o interesse pelo tema vieram a ser reforçados graças à promulgação da Constituição de 1988, que, ao aumentar o número de legitimados ativos a propor ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, incisos I a IX) e ao criar instrumentos como a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandato de injunção (art. 5º, inc. LXXI), além de propiciar o aumento do controle das ações do legislador, sugeriu também, em função desses novos institutos, uma mudança expansiva na natureza desse controle, tornando ainda mais difíceis as relações do legislador com o Poder Judiciário.

Segundo JAVIER PEREZ ROYO, ainda que as razões que os originam sejam as mesmas, a maneira como os problemas da relação entre o(s) órgão(s) encarregado(s) do controle judicial de constitucionalidade das leis e o legislador se apresentam varia "se o sistema de controle de constitucionalidade é *difuso*, exercido pelo Poder Judiciário, ou *concentrado*, exercido exclusivamente por uma Corte Constitucional¹¹". Por aí já se poderia inferir uma

⁸ ROYO, *op. cit.*, p. 18

⁹ SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, p. 154 *apud* ENTERRIA, *op. cit.*, p. 159

¹⁰ *apud* ENTERRIA, *op. cit.*, p. 159

¹¹ ROYO, *op. cit.*, p. 14

hipercomplexidade dos mesmos problemas, se ocorridos no Brasil, país onde além do controle difuso (o controle concreto/incidental das leis é realizado por qualquer autoridade judiciária), tem-se o controle concentrado (o controle abstrato/direto das leis é exercido por um único órgão, que, no nível federal, é o Supremo Tribunal Federal)¹².

Chegando até aqui, poder-se-ia perguntar, uma vez que as críticas levantadas acima fossem procedentes, se não se estaria anunciando inapelavelmente a morte de qualquer tentativa de barrar a falta de concretização e efetivação das normas constitucionais, já que se mostraria impossível uma fiscalização judicial das ações do legislador e muito menos de sua falta de ação. A uma, porque qualquer órgão judicial que assim agisse estaria, em verdade, sob a alegação de concretizar o direito, fazendo política; a duas, porque só com o atropelo do princípio da separação dos poderes é que o Judiciário (ou qualquer outro órgão) se erigiria em fiscal e tutor da atividade (essencialmente política) do legislador. As seções seguintes estão reservadas a discutir esses problemas.

3.3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRESSUPOSTO DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

O poder, não escapa a ninguém, é um dos *temas recorrentes*¹³ tanto para a ciência e filosofia política como para o direito constitucional, não representando qualquer surpresa, afirma-o CLEMERSON MERLIN CLÈVE, o fato de ter sido tratado por um número

¹² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 51 e ss; TEMER, Michel. *op.cit.*, p. 47 e ss

¹³ Por *temas recorrentes* entende-se aqui o significado dado à expressão por NOBERTO BOBBIO, na sua *A teoria das formas de governo*, p. 25, nos seguintes termos: "os temas que têm sido propostos e discutidos pela maioria dos escritores" de um determinado setor do saber humano, ou seja, "temas com que se tem de defrontar todo aquele que se envolva em uma determinada área do conhecimento" e "que fazem parte integrante de uma teoria geral da política".

significativo de cientistas políticos, filósofos e constitucionalistas¹⁴. Também não constitui novidade o fato de que, no âmbito dessa discussão, um dos pontos que têm merecido um maior número de análise dos constitucionalistas seja o princípio da separação de poderes. Isso porque ao jurista, de regra, "o que importa é analisar não propriamente o poder do Estado, mas antes, o Estado de poderes divididos"¹⁵

Não há, assim, porque se percorrer toda a história da filosofia política¹⁶, passando pelas concepções de PLATÃO, ARISTÓTELES, POLÍBIO, MAQUIAVEL, ALTHUSIUS, LOCKE, para, posteriormente, numa verdadeira unanimidade contemporânea, encontrar em MONTESQUIEU¹⁷ seu sistematizador definitivo e na Constituição norte-americana, de 1787, sua positivação mais célebre¹⁸.

Importa aqui apenas ressaltar que a doutrina da separação de poderes cumpriu papel fundamental na consolidação do tipo de Estado que, através da Revolução Inglesa, da origem do Estados Unidos da América e, principalmente, a partir da Revolução Francesa, se difundiu por todo o mundo ocidental, no transcorrer dos dois últimos séculos¹⁹. Da mesma maneira, não obstante isso, é inegável que o princípio tem inspirado, desde seu surgimento, a "maior

¹⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 17

¹⁵ CLÈVE, *Atividade Legislativa...*, p. 17 e ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, p. 146

¹⁶ Para um visão abrangente, tanto do ponto de vista doutrinário como normativo, recomenda-se a leitura, de CLÈVE, *Atividade Legislativa...*, p. 17-42; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, *passim*. Ver também BOBBIO, *A teoria das formas de governo*, *passim*. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*, p. 299 e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 300. Ver diretamente em LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 91 e ss, (os Pensadores), MONTESQUIEU, *Do Espírito das leis*, especialmente o Livro XI, p. 155 e ss.

¹⁷ Já MADISON, n'O *Federalista*, nº 47, p. 394 (que tem por epígrafe "A separação de poderes"), afirmava que "o oráculo sempre consultado e citado a respeito (referindo-se à separação de poderes) é o famoso MONTESQUIEU".

¹⁸ Dá conta CLEMERSON MERLIN CLÈVE, *op. cit.*, p. 21 e ss., especificamente na p. 25, de que "A Constituição de Massachusetts, de 1780, foi pioneira neste particular".

¹⁹ PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, p. 11 e ss.

controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética"²⁰, pelo que já foi compreendido desde como "máxima sagrada" (MADISON) até como "teoria artificial" (DUGUIT)²¹.

Essa heterogeneidade de valoração deve-se, entre outros, ao fato de que a separação de poderes, doutrinária e juridicamente, venha recebendo os mais variados entendimentos, dando razão a MARSHALL, ao qualificá-la como "um dos mais confusos termos do vocábulo do pensamento político e constitucional"²².

A NUNO PIÇARRA afigura-se possível enumerar, no mínimo, as seguintes acepções²³:

(1) Distinção conceitual entre Legislativo, Executivo e Judiciário, tanto do ponto de vista funcional-objetivo (funções desempenhadas) como do aspecto orgânico-subjetivo (os órgãos que desempenham, com primazia, tais funções);

(2) A *imunidade* ou *independência* de um órgão ou seus *titulares* e *atos*, frente a *interferência* uns nos outros;

(3) *Limitação* e *controle* do poder e atos de um órgão, através do poder atribuído a um outro de anular-lhes os atos ou impedir a sua *perfeição*, ou, ainda, através da *responsabilização* de um perante o outro;

(4) Coparticipação dos órgãos na realização de uma mesma função em razão de imposição de "prática de acto imputável a todos";

²⁰ PIÇARRA, *idem*, *ibidem*

²¹ PIÇARRA, *idem*, *ibidem*

²² MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Theory*, p. 97 *apud* PIÇARRA, *op. cit.*, p. 12

²³ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 12

(5) Proibição de *exercício simultâneo* de funções ou cargos em órgãos diferentes.

Como se vê, é bastante aberto e flexível o conteúdo da interpretação jurídica dada ao princípio, que vai desde as posições hermenêuticas que firmam o entendimento (a) de que existe uma completa separação entre órgãos e funções superiores do Estado, a impedir qualquer interferência entre eles (conjugação extremadas dos sentidos 1, 2 e 5), até (b) as que vêm no princípio da separação de poderes a possibilidade de ingerência absoluta e permanente de um órgão ou poder nos outros órgãos ou poderes (conjugação exagerada dos sentidos 3 e 4), sendo que os promotores da não-concretização constitucional, por óbvio, tendem a lembrar-se com persistência, para escapar a qualquer controle e repressão de sua inércia, principalmente das compreensões que levam ao primeiro e radical entendimento (a).

Há, sem ofensa ao que se disse acima, duas possibilidades de se visualizar o princípio: uma, normativo-constitucional; outra, histórico-doutrinária. (1) Do ponto de vista jurídico-constitucional o único conteúdo que interessa ao princípio da separação de poderes é o que lhe atribui a Constituição, isto é, sob este aspecto, o princípio deve ser analisado em confronto com uma Constituição concreta, mediante o que ela estabelece normativamente²⁴. (2) Do ponto de vista da história da doutrina e da filosofia política, a separação de poderes, por um lado, (2.1) remete à distinção entre funções estatais, "prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome sobretudo da liberdade individual, (que) é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra, no séc. XVII"²⁵, surgindo como pressuposto da *rule of law*, como garantia de liberdade, na medida em que nenhum órgão pudesse controlar a totalidade e em absoluto o poder do Estado e, dessa forma, "esmagar" o cidadão; por outro lado, (2.2) também no interior da filosofia política, o princípio da separação de poderes foi durante muito tempo (essa é sua concepção mais antiga) confundido com a

²⁴ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 247 e ss.

²⁵ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 41 e ss

teoria da Constituição mista²⁶. Compreende-se, portanto, que se na primeira concepção de ordem filosófica (não cronológica) (2.1) o princípio se prestava a assegurar a liberdade contra uma excessiva concentração de poderes, na segunda (2.2), ele concretiza uma "separação social de poderes", isto é, o princípio foi utilizado, sobretudo na monarquias absolutas européias que (frente a revoluções ocorridas) se constitucionalizavam, como maneira de "estabelecer institucionalmente um equilíbrio mais ou menos parcial, mas nunca simétrico, entre forças político-sociais portadoras de legitimidades e interesses contraditórios"²⁷.

Essa divisão de poderes concebida para que vários grupos se vissem representados nos órgãos supremos do Estado, com uma ou outra diferenciação, pôde corresponder, em alguns momentos, por exemplo, à seguinte tripartição: coroa-Executivo, aristocracia-Judiciário e aristocracia/burguesia-Legislativo.

Não é difícil intuir como o princípio da separação de poderes poderia, mais tarde, ser tomado e utilizado como obstáculo à concretização das normas constitucionais. Como princípio filosófico-político, ele não só correspondia aos anseios mais caros do cidadão burguês em não se ver tiranizado por um poder absoluto, como ainda, num primeiro momento, solucionava bem a necessidade de acomodação das antigas e das incipientes classes sociais que restaram e que floresceram, respectivamente, com a queda do feudalismo. Assim é que o princípio da separação de poderes foi guindado, no plano político e mesmo normativo, a uma máxima absoluta e universal, sobrepondo-se até mesmo às Constituições então surgidas. Como consequência e ao mesmo tempo como comprovação de tudo o que ora se deduz basta trazer à memória o sintomático e sempre lembrado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do

²⁶ BOBBIO, *A teoria das formas de poder, passim*, onde se depreende que por tal expressão deve-se colher a possibilidade de o poder se dividir para que possa ser compartilhado pelas ordens sociais fundamentais de uma sociedade (por exemplo, rei, aristocracia e povo), o que é chamado por PIÇARRA de separação social do poder, *op. cit.*, p. 229 e ss. Talvez tenha sido essa a origem histórica verdadeira (na Inglaterra) do princípio: um arranjo a envolver as classes e grupos sociais em decadência (coroa e nobreza) e a classe então em ascensão (burguesia). Segundo PIÇARRA, parece ser com a Constituição do Estados Unidos de 1787, onde não havia nobreza nem muito menos monarquia, que, pela primeira vez, o princípio se divorciou dessa concepção.

²⁷ PIÇARRA, *idem*, p. 229.

Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que afirmava categoricamente: "toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição".

Não era, pois, da existência da Constituição que se julgava e aferia o princípio da separação de poderes, mas, pelo contrário, era a partir deste princípio que se avaliava e se conferia legitimidade à Constituição.

Nada mais lógico, assim, que durante muito tempo (e ainda hoje) qualquer tentativa de se conceber uma justiça constitucional que importasse no controle das ações e, já agora, das omissões do legislador fosse tida como um quase absurdo silogístico²⁸ e verdadeiro despropósito político, pois a impossibilidade de que um poder interfira nas ações do outro poder era um princípio que se colocava acima das próprias Constituições.

E dessa maneira, acabou-se por gerar uma espécie de paradoxo da separação de poderes: o princípio que havia sido concebido para proteção da liberdade do cidadão - todas as vezes que algum órgão ou poder supremo do Estado violasse essa liberdade - era ele mesmo, o princípio da separação de poderes, utilizado pelo órgão violador para manter-se imune a qualquer fiscalização ou repressão por parte de outro órgão. Vê-se aí também o desejo de fazer prevalecer sobre a concepção (2.1) do princípio da separação de poderes como pressuposto da liberdade do cidadão a concepção (2.2) do princípio como garantidor de parcelas intocadas de poder de grupos sociais governantes, com o agravante histórico de que, como demonstra NUNO PIÇARRA, há muito esse vínculo do princípio da separação dos poderes a uma separação social (de grupos ou classes) foi surprimido pela história, uma vez que, juridicamente, todos os órgãos e poderes do Estado são passíveis de uma composição pluriclassista.

²⁸ HART irá, lembre-se, discutir com ROSS, entre outros que enfrentaram o mesmo problema, a possibilidade lógica de uma ordem jurídica instituir ou não um controle de constitucionalidade das leis.

Ora, se essa indevida utilização da separação de poderes, como se nota, é, do ponto de vista político, nefasta, à luz do Direito Constitucional é ela totalmente inconcebível.

Com a derrocada dos antigos estamentos ou ordens sociais, o princípio converteu-se, definitivamente, de divisão social em divisão funcional de poderes, fazendo com que, enquanto princípio constitucional, seja apenas uma separação normativa ou orgânico-funcional, sem estar adscrito às "potências sociais enquanto tais". Não significa isso que o poder no interior do Estado não seja ocupado e exercido através de classes e grupos sociais e segundo os seus interesses, mas apenas que esses atores sociais não estruturarão os órgãos e poderes supremos do Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo) consoante a sua própria composição. Evidencia-se, pois, como fracassada qualquer tentativa de fundamentar socialmente a separação de poderes. Não corresponde, hoje, como foi possível à época de Montesquieu, à separação de poderes uma divisão social, atualizada, do tipo: o Executivo aos empresários, o Legislativo à classe média e o Judiciário aos trabalhadores, ou mesmo algo do tipo Executivo-situação e Legislativo-oposição, ou ainda Executivo-burocracia e a legislativo-classe política²⁹.

No atual estágio do Estado Constitucional Democrático, portanto, o princípio da separação de poderes, como qualquer outro princípio, encontra, normativamente, o seu fundamento, extensão e limites, no que superior e inarredavelmente estabelece a Lei Fundamental.

Todas as vezes que se emprega a separação de poderes como óbice absoluto ao controle, qualquer que seja, de qualquer dos poderes do Estado, em desconsideração ao sentido e ao

²⁹ NUNO PIÇARRA, *op. cit.*, p. 230 e ss, confrontando o princípio da separação de poderes com os novos grupos e classes sociais que surgiram com o ocaso da ordem feudal, demonstrará que dificilmente, hoje, se poderia vincular a separação de poderes a uma adequação do poder social entre estes novos grupos e classes sociais. Nas suas palavras: "no Estado de Direito contemporâneo o princípio da separação apenas pode ser entendido numa acepção orgânico-funcional ou normativa. Apenas pode referir-se a funções estaduais (estatais) e não, directamente, a forças ou potência político-sociais, como em Montesquieu", p. 245.

texto da Constituição, está-se novamente a sobrepor o princípio, como fez o revolucionário francês, à Constituição.

E, em verdade, no Estado Democrático de Direito, do séc. XX, o sistema de "controle, fiscalização e também coordenação tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes"³⁰. Sobressaem, no interior desses sistemas de controle, o controle jurisdicional de legalidade da administração e de constitucionalidade da legislação, o que demonstra uma nítida proeminência do Poder Judiciário.

Bem analisada a realidade política de nossos tempos, deve-se mesmo valorizar os controles de natureza jurídica promovido por um Poder Judiciário independente, uma vez que este parece superar em importância para o cidadão, no que tange a limitação e contenção do poder, o controle de natureza política, realizado pelos órgãos superiores de direção política (Governo e Legislativo), já que os mesmos encontram-se, muitas vezes, "unificados" (no parlamentarismo, isto é uma constante), através dos partidos majoritários. Pode-se mesmo dizer, com NUNO PIÇARRA, que o "sistema de controle jurídico constituiria o núcleo essencial do princípio da separação de poderes no Estado de Direito contemporâneo"³¹.

Ora, um sistema de controle recíproco depende de uma diferenciação das qualidades e características essenciais entre os órgãos controladores. Entre o legislador e o juiz essa diferenciação não se deve à classe social por eles representadas, mas necessariamente pela natureza diversa das funções que cumprem. Segundo PIÇARRA, tendo a lei, ato típico do legislador, natureza tanto jurídica como política, permite ela que a sua natureza política se sobreponha ao seu elemento jurídico, "postergando os valores jurídico-constitucionais"³². O poder mais adequado a impor "um freio e um contrapeso" a essa violação dos princípios

³⁰ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 258.

³¹ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 259

³² PIÇARRA, *op. cit.*, p. 260

constitucionais é notadamente o Poder Judiciário, por sua natureza mais técnico-jurídica, ao mostrar-se despedido "de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a actualização daqueles valores"³³.

Como se pode depreender e como adiante se verá mais minuciosamente, a legitimidade do Judiciário em postar-se como "contrapoder" do legislador assenta-se no fato de ele restringir-se a um controle de carácter essencialmente jurídico de constitucionalidade das leis, não violando assim a liberdade de conformação política atribuída ao órgão legislativo e não se transformando, portanto, em substituto do legislador³⁴.

O que se quer, clara e ostensivamente, asseverar é que, se é a Constituição (hoje ninguém o contesta) que, normativamente, dá vida e fundamento ao princípio da separação de poderes, seria, aí sim, um verdadeiro despropósito desejar erguer o referido princípio como barreira protetora dos que violam a pretensão de eficácia e efetividade das normas constitucionais. Inobstante isso, por incrível que pareça, como atrás se revelou (seções 3.1 e 3.2), é exatamente esta lógica *sui generis* - **pedir respeito à Constituição (arguindo o princípio da separação de poderes) para constantemente derrespeitá-la (impondo a sua não-concretização)** - o mais utilizado por aqueles que, devendo concretizar o texto constitucional, permanecem omissos. O que é pior é que este paroxismo da incongruência normativa parece ter subsidiado a decisão do S.T.F que castrou os efeitos do mandado de injunção, pois parece estar por trás de seu entendimento o seguinte raciocínio: não se deve estender os efeitos do mandado de injunção (que, frise-se, se destina a concretizar a norma constitucional em caso de omissão regulamentadora) porque isso poderia violar a separação de poderes.

³³ PIÇARRA, *idem, ibidem*.

³⁴ Segundo CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 272, o legislador é ainda o representante mais expressivo, no Estado contemporâneo, do princípio democrático. Ver PIÇARRA, *op. cit.*, p. 261

Sendo hoje cediço o fato de que, no Estado Democrático de Direito, a Constituição vincula juridicamente todo o poder Estatal, fica de todo afastada a possibilidade de que qualquer função, mesma a política, possa ser considerada como "constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estatal carece de habilitação constitucional"³⁵. Em função disso, a conclusão que se pode chegar, neste momento, é que, juridicamente, no âmbito da efetivação constitucional, não existe lugares inacessíveis a intervenção corretora do poder ou órgão ao qual a Constituição atribuiu a função de velar pela sua fiel concretização (observância, aplicação e execução), senão os limites por ela mesma estabelecidos.

Exemplificando o que foi acima afirmado, se a Constituição estabelece (art. 102, inc.I, a) que cabe ao S.T.F. a sua proteção (da Constituição) contra "lei ou ato normativos federal ou estadual" que viole o texto constitucional, não há princípio de separação de poderes que possa impedi-lo de declarar nulos as normas que venham contrariar a Lei Fundamental. Do mesmo modo, se a Constituição institui a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) "de medida para tornar efetiva norma constitucional", os limites que o Supremo Tribunal Federal possa sofrer são apenas os que ela própria, Constituição, venha opor-lhe, como é o caso do próprio dispositivo ora citado, que logo adiante estabelece que o provimento do S.T.F. será o de dar "ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Neste caso, não poderia o poder ou órgão omissor recusar-se, estribado no princípio da separação de poderes, a tomar conhecimento da decisão do S.T.F.

Ora, essa resposta soluciona todos os problemas que envolvem a concretização de uma norma constitucional? É lógico que não! Como se verá, é este tema muito mais complexo do que pareciam denotar as freqüentes miragens classificatórias que se apresentaram aos olhos da teoria e da doutrina nacionais. Qualquer resposta a um dos aspectos fica sempre a dever tantas

³⁵ PIÇARRA, *op. cit.*, p. 253

outras respostas sobre as outras particularidades - isso quando não vem a gerar uma série de novos problemas, o que, diga-se de passagem, ocorre em boa parte das vezes.

De início, afirmar que, juridicamente, os únicos limites ao controle da concretização constitucional são os impostos pela própria Constituição já revela só por si a humildade que uma tal conclusão representa, pois, como está claramente dito, é essa uma resposta ao problema da concretização-efetivação constitucional sob ângulo jurídico-constitucional, nada respondendo sobre os aspectos políticos, sociais, culturais e econômicos, que, ninguém poderia negar, estarão sempre a compor a complexa e difícil equação da concretização constitucional³⁶, e que não são objeto desta discussão.

Em segundo lugar, mesmo do ponto de vista jurídico, a conclusão acima proposta não fornece qualquer explicação sobre quais seriam os limites jurídicos mesmos, por entre os quais deve-se movimentar o órgão fiscalizador da concretização constitucional, e, por seu turno, qual a liberdade de conformação do legislador, no que se refere ao processo de concretização/efetivação da norma constitucional. Em outras palavras, por tratar-se de tema cuja disciplina dificilmente se prestaria a normas constitucionais densas e esmiuçadas que circunscrevessem toda a matéria, qual a intensidade com que o órgão encarregado do controle de constitucionalidade (por ação ou omissão) poderá intervir nos atos normativos dos outros órgãos e poderes (quanto à forma, conteúdo, sentido e extensão de suas decisões)? Por outro lado não podendo a Constituição, graças àquelas condições impostas pela realidade, disciplinar em todos os pormenores (momento, forma e conteúdos específicos) em que deverão ser concretizadas as suas normas, pergunta-se: qual a liberdade de conformação - se existe alguma

³⁶ Quando atrás se discutiu a idéia da "reserva do possível" não se quis afastar a presença de fatores reais (políticos, sociais, econômicos, etc) como condições de realização da norma constitucional. O que, em verdade, não se aceita (e isso ficou bem claro) é a afirmação de que tais condições só sejam importantes na realização dos chamados direitos sociais e das normas programáticas, bastando para os direitos individuais a só ausência ou abstenção do Estado. Para uma análise mais abrangente dos problemas de concretização, a partir da teoria social, ver NEVES, *A constitucionalização simbólica, passim*.

- do legislador, ou de forma contrária, qual o grau de vinculação do legislador à pretensão de efetividade da Constituição?

Como se vê, sobre essas questões nem as classificações das normas constitucionais acima arroladas nem mesmo a resposta aqui apresentada oferecem qualquer esclarecimento. É sobre tais aspectos - (a) os limites e possibilidades de intervenção, no processo de concretização da Constituição, do órgão responsável pelo controle jurídico de constitucionalidade (ação e omissão) das normas e (b) qual o grau de vinculação e liberdade do legislador, na concretização das normas constitucionais - que se irá agora discorrer.

3.4. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Aqui já foram relatadas as principais críticas que são dirigidas à idéia de um Tribunal Constitucional, ou mesmo de um órgão integrante do Judiciário que tenha a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis no processo de concretização constitucional. Como então se dizia, as críticas mais freqüentes são: (a) a impossibilidade, à falta de critérios essencialmente jurídicos, de se proceder um controle técnico-jurídico de atos eminentemente políticos; (b) a incerteza de que, mesmo que aqueles critérios existam, o órgão responsável pela justiça constitucional se limite a decidir segundo e em conformidade com eles; e (c) a falta de legitimidade de um órgão técnico para julgar os atos do legislador, representante da vontade popular, veiculada pelo voto.

Todas essas considerações críticas em relação ao controle técnico-jurídico de constitucionalidade atingem em absoluto a possibilidade de vinculação e submissão do legislador à Constituição e, por consequência disso, a própria idéia de concretização constitucional. Como se sabe, só se justifica falar em concretização constitucional num regime

de supremacia e rigidez da Constituição, isso porque, se fosse dado ao legislador e aos poderes públicos em geral sobrepor-se ao texto constitucional sem a impugnação eficaz de um órgão para tanto designado, não teria qualquer sentido falar em Constituição rígida e muito menos em sua concretização, pois a Constituição seria, neste caso, aquilo que, a cada dia, designassem os senhores do poder. Pode-se lembrar a este respeito do famoso caso *Marbury v. Madison*, quando o juiz MARSHALL advertia: "É uma proposição demasiado simples, para que possa discutir, que ou bem a Constituição controla qualquer ato do legislativo que a contradiga, ou bem o legislativo poderá alterar a Constituição por uma lei ordinária. Entre essa alternativa não há meio termo"³⁷.

Defrontando-se com as mesmas questões, afirma EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA que a resposta ao problema da justiça constitucional radica na seguinte ordem de princípios: se se deve ou não reconhecer à Constituição o caráter e essência de norma jurídica. A resposta negativa a essa questão atrairia como consequência o fato de que, se a Constituição não deve ser considerada uma norma jurídica, só pode ser compreendida como um "compromisso ocasional" dos grupos que detêm o poder, passível assim de, a todo e a qualquer instante, em razão de um novo arranjo entre os as forças políticas preponderantes, ter o seu conteúdo alterado. Mas se, ao contrário disso, se vem a entender, como deve ser, a Constituição como norma jurídica "a presidir o processo político e a vida coletiva da comunidade"³⁸, isto é, se, pelo contrário, se concebe corretamente a Constituição como Lei Fundamental da comunidade, o que implica definir mecanismos de limitação contra interferências indevidas do poder político nos interesses e na esfera privada do cidadão e, mais do que isso, exigindo do Estado "prestações positivas" que promovam a democracia substancial, se, pois, é assim que deve ser entendida a Constituição, então, aí torna-se claro que sua eficácia e efetividade devem ser garantidas.

³⁷ MARSHAL, John. Decisão em *Marbury v. Madison*, apud ENTERRIA, *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 177

³⁸ ENTERRIA, op. cit., p. 175-6

Mas é forçoso reconhecer que esta última afirmação não afasta as críticas acima levantadas à idéia de justiça constitucional, pois, só por si, a presença de um órgão que venha controlar a constitucionalidade dos atos legislativos dos poderes estatais não garante que tal órgão (Tribunal Constitucional ou, como no Brasil, órgão do próprio Judiciário) não venha decidir a partir de critérios políticos (não jurídicos) a correção dos comportamentos dos outros órgãos e poderes públicos. Se é assim, o que justificaria a existência de uma justiça constitucional? O que pode garantir que, ao optar-se por instituir uma justiça constitucional, não se está apenas substituindo as decisões de um órgão político pelas decisões políticas de um órgão "jurisdicional", com o agravante de que este órgão não detém, pelo menos diretamente, legitimidade democrática?

A questão de encontrar os limites segundo os quais deve se circunscrever uma Corte Constitucional, para que suas ações não se convertam em pura atividade política, é, segundo K. STERN, o "ponto nevrálgico" da justiça constitucional³⁹. Para muitos, é mesmo essa tentativa, de impor à justiça constitucional limites seguros (materiais, institucionais ou funcionais), uma luta quixotesca em busca da quadratura do círculo. Parece, portanto, haver uma convergência para o entendimento quase unânime de que o problema da justiça constitucional é o de saber o que pode garantir que as ações de um Tribunal Constitucional (ou quem lhe faça as vezes) não irão se basear mais em critérios políticos do que em critérios e procedimentos jurídicos. Em uma palavra, se o Tribunal Constitucional garante a conformidade do legislador com o texto constitucional, o que assegurará que o próprio Tribunal (no Brasil, o S.T.F.⁴⁰) se adstringirá ao texto da Constituição?

³⁹ STERN. K. *Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V. II, p. 84, *apud* ROYO, op. cit., p. 18-19

⁴⁰ Não se perdeu de vista, aqui, o fato de que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não exerce, no Brasil, a função exclusiva do controle de constitucionalidade, mas as considerações levam em conta o fato de que o próprio texto constitucional lhe atribui (art. 102, *caput*) função precípua de guardar a Constituição, além de atribuir-lhe função própria de justiça constitucional ao concentrar em sua competência o controle abstrato e direto de constitucionalidade das leis (art. 102, I, a) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), controle direto esse que aqui mais interessa por corresponder a uma atuação abstrata do legislador, própria do legislador, uma possível reação também abstrata do S.T.F. (disse um dia KELSEN, referindo-se ao controle abstrato dos atos legislativos, legislando negativamente).

A primeira objeção que se pode fazer às críticas que são endereçadas à idéia de justiça constitucional é, na verdade, uma clarificação da própria crítica, nos seguintes termos: não resta a menor dúvida de que os conflitos que uma Corte Constitucional será chamada a resolver estarão plenos de substância política, já que os órgãos dessa espécie operam, no dizer de GARCIA DE ENTERRIA, a partir de uma norma, a Constituição, "penetrada dessa substância em sua mais nobre expressão"⁴¹. A diferença, porém, de sua atuação em relação à de um órgão político é que um órgão jurisdicional, destinado ao controle de constitucionalidade, tenderá a solucionar os conflitos com que se defrontar a partir de critérios e métodos jurídicos. Isso porque fica bem claro para um órgão dessa natureza (jurisdicional) que a sua legitimidade se funda na obediência que vier a prestar à Constituição, pois nenhuma sociedade estaria disposta a suportar um Tribunal, qualquer que fosse, que, sob o pálio de defender a Constituição, passasse a desconsiderá-la, substituindo os critérios políticos do legislador pelos seus próprios critérios políticos. Nada mais relevante, portanto, para a legitimidade de uma Corte Constitucional do que a sua auto-vinculação ou auto-limitação (o muito conhecido *self-restraint*).

Mas também isso, sabe-se, não basta, pois um outro aspecto político a contingenciar as decisões de um juiz constitucional é o fato de que ele não pode, em nenhum momento, perder de vista as conseqüências práticas (sociais, econômicas, políticas, culturais, etc.) de suas decisões. Se o *summum ius summa iniuria*, como bem percebem ENTERRIA e BACHOF, pode, num juízo ordinário, ter graves conseqüências, no âmbito da justiça constitucional, as decisões poderão gerar efeitos devastadores. Como notara BACHOF, na justiça constitucional "o conflito não está no contraste entre a fidelidade à norma e a justiça individual, senão no enfrentamento entre a imposição jurídica e a racionalidade ou necessidade política, entre o rigor da norma e a exigência do bem geral"⁴².

⁴¹ ENTERRIA, *op. cit.*, p. 178

⁴² BACHOF, O. *apud* ENTERRIA, *op. cit.*, p. 180

A resposta a esse sério problema não pode alimentar dúvidas. Se é certo que o órgão encarregado pelo controle de constitucionalidade não pode está alheio às consequências práticas de suas decisões (e aqui se está pensando no controle abstrato), não pode ele, muito menos, fazer do princípio *salus populi suprema lex* a máxima de sua atuação, pois além de não ser o órgão credenciado a resolver sobre quais as melhores opções políticas, econômicas ou sociais para o bem-estar da sociedade, também estaria, irrefragavelmente, transformando-se em um órgão político como outro qualquer. Diante disso, não podendo se fechar às consequências políticas de suas decisões, são unânimes os autores (CANOTILHO, ENTERRIA, HESSE, BACHOF, ROYO) ao afirmarem que essas consequências só podem ser consideradas no estrito âmbito das possibilidades abertas pela ordem constitucional, isto é, o limite de qualquer interpretação de uma Corte Constitucional para qualquer questão levada a seu juízo é necessária e intrinsecamente o texto constitucional. Onde transborde de uma mutação constitucional (HESSE) - isto é, uma adaptação hermenêutica, constitucionalmente possível, à situação concreta - para uma ruptura ou revisão constitucional, evidentemente aí se encerram e se tornam defesas as possibilidades de decisão do Tribunal Constitucional.

Também se afigura despropositada a afirmação de que a justiça constitucional pretenda substituir a política pelo direito, já que, pelo contrário, o que se confirma na história dos países que a adotaram é que ela tende a propiciar uma abertura do sistema político, permitindo, ao bloquear as intenções de "congelamento" e identificação da estrutura básica do poder de que se nutrem os grupos conjuntamente majoritários, o ingresso e participação no poder às minorias⁴³.

A afirmação de que é um absurdo que uma decisão majoritária dos "representantes do povo" possa ser anulada por uma sentença judicial corresponde, ela sim, a negação absurda da própria idéia de Constituição⁴⁴. O conceito de Constituição funda-se na compreensão de que

⁴³ ENTERRIA, *op. cit.*, p. 188

⁴⁴ ENTERRIA, *op. cit.*, p. 189 e ss.

uma lei com o atributo de superioridade em relação à legislação ordinária tem sua existência jurídica promovida por um poder constituinte originário também em posição de supremacia no que se refere ao legislador ordinário. Aliás, o próprio legislador ordinário e o produto de sua atuação (as leis ordinárias) encontram a sua legitimidade no fato de terem sido estruturados ou terem recebido o impulso inicial no próprio texto constitucional. Desta maneira, o órgão encarregado do controle jurídico de constitucionalidade, quando declara inválidos atos expedidos em desconformidade com a Constituição, nada mais faz que garantir a sua rigidez e supremacia, contra o que, para ser coerente, nada pode dizer o legislador, pois é a sua própria existência, fundada na Constituição, que também vem receber, indiretamente, proteção e garantia.

Se é a Constituição que consagra e dá vida jurídica ao legislador, quando este, através de uma maioria ocasional, pretende violar a Constituição, corrompendo-lhe o processo de concretização, com leis inconstitucionais ou omissão inconstitucional, na verdade, está ele a praticar um abuso de poder. A justiça constitucional age, pois, em perfeita consonância com a vontade mais legítima da comunidade nacional, revelada pelo poder constituinte, quando impõe a estes atos ou omissões a censura de inconstitucionalidade.

Todas essas conclusões estariam a justificar a existência de um órgão judicial a garantir a supremacia do texto constitucional e a promover o processo de sua perfeita concretização, protegendo-o contra ações e omissões inconstitucionais.

Pode-se ainda opor à idéia de justiça constitucional o fato de que não se pode sustentar seriamente que apenas a sua auto-limitação (*self-restraint*) esclarece todos os receios de que o órgão chamado a exercer o controle jurídico de constitucionalidade não vá decidir por critérios majoritariamente políticos. A resposta a essa espécie de crítica parece ser, do ponto de vista jurídico, a mais simples, pois as constituições que introduziram um controle abstrato de constitucionalidade se precataram quanto a isso com uma série de instrumentos que, balizando a intervenção, o procedimento e os efeitos das decisões do órgão encarregado do controle,

tornam bastante improvável que a justiça constitucional venha degenerar-se numa atuação de perfil mais político do que jurídico. São os seguintes esses instrumentos:

(1) como regra, o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade não age de ofício, sendo que sua intervenção só se torna possível através da provocação da parte legitimada ativamente para invocar sua manifestação, seja no controle abstrato/direto (v.g., o art. 103, da CF/88), seja pelo controle concreto/incidental (como é o caso do art. 102, III, da Constituição de 1988);

(2) são sempre enumeradas e expressas as suas competências, além do que as decisões dos órgãos deste tipo referem-se, pelo critério da especialidade, sempre a questões e a atos normativos topicamente definidos e individualizados, sendo, pois, decisões pontuais;

(3) as suas (do órgão de controle) decisões, como regra, determinam e condicionam a vontade do legislador e dos outros órgão somente de maneira negativa, isto é, o juiz constitucional não substitui, mesmo frente a omissões inconstitucionais, o legislador em sua tarefa de legislar, vislumbrando-se exceção apenas para a criação de norma que satisfaça a eficácia e a efetividade constitucional no caso concreto⁴⁵. Em outras palavras, não será através da justiça constitucional que se irá solucionar "positivamente" os problemas práticos (políticos, econômicos e sociais) que surgem numa sociedade e que pedem a produção de uma norma genérica e abstrata⁴⁶.

Afastados, assim, as críticas e os receios mais sérios que têm sido dirigidos à implementação da justiça constitucional, só resta mesmo é concluir, como o fez ENTERRIA, que "uma Constituição sem um órgão que imponha sua interpretação e a efetividade da mesma

⁴⁵ É essa aliás uma das acepções da idéia de concretização empregadas por CANOTILHO, no seu *Direito Constitucional*, p. 229.

⁴⁶ Ver interessante digressão sobre os limites impostos à justiça constitucional em ROYO, *op. cit.*, p. 19 e ss.

nos casos questionados é uma Constituição ferida de morte⁴⁷ ", pois ficaria à sorte do partido que estivesse no poder, que buscaria conferir ao texto constitucional a interpretação que, no momento, fosse a ele mais conveniente (no Brasil, por toda a espécie de abusos que têm sido praticados a partir - hermeneuticamente - da e contra - politicamente - a Constituição, esta avaliação parece ter particular interesse).

A justificação, porém, da necessidade de um órgão jurisdicional que venha defender e promover a concretização do texto constitucional não oferece resposta sobre qual é o grau de vinculação a que estão adstritos os órgãos supremos do Estado no que diz respeito à efetivação das normas constitucionais, deixando assim em aberto o problema mais sério da concretização constitucional que é o de se conceber um sistema que permita aquilatar e, posteriormente, controlar os abusos (por ação) ou desídia (por omissão) do legislador no concretizar o texto constitucional. A este problema passa-se a dar atenção.

3.5. VINCULAÇÃO E LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Se o problema das constituições atuais, eminentemente diretivas (dirigentes⁴⁸), centra-se metodologicamente na dificuldade de sua conversão de uma *law in the books* em *law in action*, no dizer de CANOTILHO, isto é, se o seu problema é de se transformar de texto, apenas, em realidade constitucional, é natural, pois, que se questione pelo o que seja a vinculação e, respectivamente, a liberdade de conformação do legislador no seu processo de

⁴⁷ ENTERRIA, *La constitucion como norma...*, p. 186

⁴⁸ Como se sabe o conceito de Constituição dirigente cifra-se, à maneira mais sintética possível, na idéia de que no conteúdo de uma Lei Fundamental não se irão encontrar apenas, como dantes, a estrutura e limitação básicas do poder estatal e a correspondente enumeração dos direitos fundamentais, mas, para além disso, encontram-se ali também os objetivos e direções ou diretivas básicas (sociais, políticas, econômicas, etc.), a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

concretização. Na verdade é este, à luz do direito, o núcleo do problema da concretização constitucional.

Neste ponto é que, pelo menos em língua portuguesa, a contribuição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO tem se mostrado insuplantável. E esta a razão para que este trabalho e, especificamente, esta seção se circunscrevam à sua teoria.

Segundo CANOTILHO, as relações materiais mantidas entre o legislador constituinte e o legislador ordinário, ou, referindo-se ao resultado de seu produto, as relações entre a Constituição e lei, poderiam conceber-se de três maneiras: (1) o legislador é mero *executor* da Constituição; (2) o legislador é tomado como *aplicador* da Constituição; e (3) o legislador aparece como *conformador* do texto constitucional⁴⁹. O que se verá a seguir é uma condensação extrema, quase perigosa, das idéias do autor.

(1) Segundo a *teoria do legislador como simples executor das normas constitucionais*, "a posição da lei relativamente à Constituição não é diferente da relação hierárquico-normativa entre lei e o acto administrativo"⁵⁰, sendo o legislador, à moda do administrador em relação à lei, um mero executor da norma constitucional. Dessa forma, os problemas de vinculação e discricionariedade⁵¹ do legislador também se limitariam a um "problema de execução" de normas constitucionais mais ou menos detalhadas em seus programas normativos (prescrições) e em seu âmbito normativo (realidade a que se dirige).

⁴⁹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 209 e ss.

⁵⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 69, 216 e 298.

⁵¹ Um excepcional estudo sobre a discricionariedade administrativa nos dá CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no seu *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Onde se retira o seguinte conceito de discricionariedade, na órbita do Direito Administrativo: "Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação", *op. cit.*, p. 48. Ver também MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, *passim* e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, *passim*

(2) Consoante o que se infere da *teoria da lei como aplicação da Constituição*, detém o legislador uma maior liberdade para concretizar o texto constitucional. Em razão da "origem" e da "extensão" de sua atividade, diversas das do administrador, a liberdade com que atua o legislador é intrínseca e necessariamente maior do que a que envolve a atuação do administrador. Não necessita, assim, o legislador, como acontece com a autoridade administrativa, de autorização⁵² para mover-se e o grau de vinculação material a que se submete é bem inferior ao do administrador, já que as normas constitucionais se impõem ao legislador "como normas de competência e não como fundamento positivo de sua actividade"⁵³.

Segundo essa doutrina, o carácter aberto e indeterminado da maioria das normas constitucionais e a falta de preceitos, na Constituição, com fixação detalhada dos pressupostos de fato e dos resultados jurídicos, confeririam ao legislador um "espaço de liberdade" incompatível com a concepção de discricionariedade e vinculação que fundamenta o "pensamento de execução". Mesmo assim, a Constituição representa limite ao legislador, porquanto se apresenta a ele sempre como um "impulso material primário, justificador da qualificação ou caracterização da actividade legiferane como uma *aplicação normativamente vinculada* das determinações constitucionais"⁵⁴.

Enquanto, pois, no pensamento de execução, se concentra na ação vinculada (autórização) e na correspondente falta de liberdade do legislador, o pensamento de aplicação

⁵² Lembre-se a advertência de HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.56-57, de que "Na Administração Pública, não há liberdade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". Sobre a relação lei-ato administrativo, ver também FAGUNDES, M. Seabra, *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*, p. 4 e ss; BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 24 e ss.

⁵³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 217

⁵⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 217.

fixa-se, precisamente, na existência de um grau maior de liberdade, conquanto seja uma liberdade vinculada pela Constituição⁵⁵.

(3) A *idéia da lei como conformação da Constituição* sugere uma "dimensão criadora e conformadora da atividade legiferante⁵⁶. Aproximando-se as normas constitucionais, quanto à sua estrutura, mais a "cláusulas gerais", remanesceria ao legislador um vasto espaço político para, através de *ponderação, valoração e comparação* dos fins das normas constitucionais, optar entre as várias possibilidades reais e, assim, tomar suas decisões.

O processo político, portanto, vincula-se à Constituição, mas não como processo direto de "realização" ou concretização do texto constitucional, mas apenas como "conformação livre dos fins políticos-sociais enunciados na Constituição"⁵⁷. Guardando respeito aos fins que, globalmente, são indicados pela Constituição, no mais é livre o legislador para conduzir a política consoante a sua "inspiração criativa".

A dificuldade em lidar com idéia de "discrecionalidade", no âmbito da concretização constitucional, segundo o que daí se infere, traduzir-se-ia na seguinte sistematização:

(a) A *discrecionalidade administrativa* refere-se a uma "complementação" dos pressupostos de fato (motivos) prescritos pela norma (*Tatbestand*), isto é, a discrecionalidade administrativa diz respeito à liberdade atribuída à autoridade administrativa quanto a análise da

⁵⁵ Assim é intuita, por MARCELO NEVES, in *A constitucionalização simbólica*, p. 44, a diferença entre execução e aplicação: "Da mesma maneira que a execução, a aplicação do Direito exige, em ordens jurídicas positivas, o agir de um terceiro, o órgão competente, em face dos destinatários da norma. Porém, a execução em sentido estrito consiste numa atividade impositiva de fato, enquanto a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado, incluindo, na concepção de Müller, não só a produção da "norma de decisão" (individual), mas também a produção da "norma jurídica"(geral) aplicável ao caso". Como se nota, também aqui remanesce o caráter mais limitado de uma atuação de execução em relação à atividade de aplicação.

⁵⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 218

⁵⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 218, 63 e 388.

situação fática que, ocorrendo, autoriza-lhe a ação-decisão, podendo ainda a norma conferir liberdade ao administrador quanto ao resultado ou decisão jurídica (conteúdo do ato) a serem obtidos⁵⁸. Tal afirmação quadra-se no seguinte esboço⁵⁹:

$F1 + F2 + F3 \Rightarrow A(R1) \text{ ou } A(Rx)$ [compreenda-se este esquema da seguinte maneira: ao considerar como realizados os pressupostos de fato F1, 2 e 3, fica o administrador (A) autorizado a tomar uma decisão ou resultado com o conteúdo jurídico R1, ou, ainda, pode a lei abrir-lhe possibilidade de opção quanto ao conteúdo dessa decisão (Rx); ou

$F1 + F2 + F3 + Fx \Rightarrow A(R1) \text{ ou } A(Rx)$ [isto é, ao se realizarem os pressupostos de fato F1, 2 e 3 e os outros (Fx) a serem definidos (como os conceitos indeterminados)⁶⁰ pela autoridade administrativa (A), fica esta autorizada a tomar a providência jurídica com conteúdo R1 ou, ainda, optar dentre as possibilidades de variados conteúdos jurídicos Rx]

⁵⁸ Quanto ao que possa ensejar a discricionariedade, visão bastante completa apresenta BANDEIRA DE MELLO, em seu *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 17: "Assim, casos há, embora excepcionais, em que a regra de direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, freqüentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluídos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como "situação urgente", "notável saber", "estado de pobreza", "odem pública" (portanto, suscetíveis de interpretações ou intelecções variadas), ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador. Esta relativa liberdade, ora ensaja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz "pode", ao invés de "deve"), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto a forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda".

⁵⁹ Há aqui, como se percebe, uma alteração consciente - alteração, na discricionariedade administrativa, do signo C por F e o acréscimo do resultado Rx - do esquema proposto pelo autor, à p. 234. O esquema que ora se descreve não se reduz completamente ao apresentado por CANOTILHO, mas tenta conjugar o seu esquema, que no caso só se refere à discricionariedade de pressupostos de fato, com o que o autor afirmara antes e depois, e aí, sim, há uma longa discussão sobre a discricionariedade quanto ao conteúdo ou resultado jurídico. Além do que a idéia de pressupostos de fato (F) ou motivos se afigura mais condizente com a doutrina nacional do ato administrativo do que a de condições (C), permitindo ao leitor uma melhor compreensão das diferenças que envolvem a discutível idéia de discricionariedade administrativa.

⁶⁰ Neste momento (v. p. 233 do *Constituição Dirigente*), CANOTILHO refere-se à superação, promovida por parte da doutrina publicística, da diferenciação existente entre a idéia de discricionariedade e conceitos indeterminados, pois segundo alguns autores, contrariando o que até então se dizia, remanesce, sim, em conceitos indeterminados um âmbito de discricionariedade à autoridade administrativa. Assim, ao definir se situações fáticas enquadram-se ou não na hipótese descrita pela lei através de conceitos indeterminados (como "calamidade pública", "interesse público"), em algumas situações, restaria ao administrador parcela de discricionariedade. Vide BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 17, 22 e ss. Contra, a entender que no caso de conceitos indeterminados não existe discricionariedade, pois, na verdade, tais conceitos frente ao caso concreto só ofereceriam uma solução legal, ver ENTERRIA, E. Garcia e FERNANDES, T. Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, p. 433 e 434.

(b) Já *discrecionalidade legislativa* poderia ser respresentada pelo seguinte esquema:

[C] C1 + C2 + C3 + [L] Lc4 + Lc5 + Lc6 =>> L (Ry=R1...R2...) [o que significa que, mesmo que a Constituição [C] estabeleça condições C1, 2 e 3, para a obtenção de resultados (finalidades e interesses públicos), serão estas condições completadas por outras tantas condições Lc4, 5 e 6, a serem criadas (prescritas) através da lei [L], com as quais se busca *atingir resultados constitucionalmente legítimos* Ry, mas não específicos ou individualizados (R1...2...) ⁶¹].

Pelo que se deduz, haveria uma profunda diferença entre a *discrecionalidade* administrativa e a liberdade com que age o legislador. Na órbita da Administração, o *princípio da legalidade* impõe sempre a "definição legal dos pressupostos de fato" (mesmo que de maneira imprecisa ou indeterminada), restando ao administrador, no máximo, "completar" o sentido e a prescrição normativa com sua intelecção. No âmbito da Legislação, de diversa forma, o *princípio da constitucionalidade*, ainda que impondo a conformidade das leis com a Constituição - "as condições Lc4, 5 e 6 e os resultados (R1, 2...) devem ser formal e materialmente constitucionais⁶²" - não poderia, por óbvio, supor que a Constituição viesse a estabelecer todos os pressupostos da sua aplicação, execução ou concretização. A Constituição, portanto, mostrar-se-ia indeterminada, não densa, quanto às suas normas, não apenas quanto à forma como são definidas as condições reais (âmbito normativo) a que refere, mas, mais do que isso, frente mesmo à mutabilidade imanente à realidade, ela deixaria em aberto até mesmo a possibilidade de que novas condições ou pressupostos reais sejam referidos. Daí a conclusão: *A lei cria, e não completa apenas, os pressupostos*⁶³, correspondendo à Constituição mais um papel de limite formal dos atos do legislador.

⁶¹ Esquema também com milimétricas modificações em relação ao apresentado por CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 235

⁶² Todo esse parágrafo é uma mera adaptação ao que é dito por CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 235.

⁶³ CANOTILHO, *idem, ibidem*

Aceitando-se tais posições, sustentadas pelo pensamento de livre conformação, tornam-se bastante reduzidas quaisquer possibilidades de controle jurídico da atividade legislativa. O controle judicial de qualquer ato ou medida traz como pressupostos "a existência de limites jurídicos objetivos, que se possam determinar numa decisão judicial"⁶⁴ e o "caráter criador, volitivo, não executivo da atividade legislativa não se compadece com qualquer controle judicial"⁶⁵. A "ponderação de interesses", apreciação de fatos" e os "juízos de valor", inerentes à atuação legislativa, estariam a ressaltar o caráter político de sua atividade e qualquer controle judicial nesse campo correria sempre o perigo de descambar para um controle político, levando a uma perigosa "juridicização do político" ou a uma "politização da justiça", com o que, lembrando a advertência de CARL SCHMITT, nem o Judiciário nem o legislador têm qualquer coisa a ganhar.

Para finalizar essa crítica a uma possibilidade de vinculação e de controle do legislador no processo de concretização da Constituição, afirma ainda o pensamento de livre conformação que o legislador envolve-se, permanentemente, com graves e "complexas questões econômico-sociais", que mesmo não estando completamente desvinculadas do direito, permitem, na verdade, uma "multiplicidade de pontos de vista", que se põem fora do âmbito de controle do órgão do Judiciário, "visivelmente inadequado para tarefas sociais e econômicas de conformação positiva"⁶⁶.

Evidencia assim a concepção de liberdade de conformação do legislador a fragilidade das outras duas posições (pensamento de execução e de aplicação) em tentar transferir, mesmo que com modificações, para a esfera da concretização das normas constitucionais a idéia de vinculação e discricionariedade cultuada pelo Direito Administrativo.

⁶⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 240 e 241.

⁶⁵ CANOTILHO, *idem, ibidem*

⁶⁶ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 241

Por sua vez, sustenta-se essa idéia de ampla liberdade do legislador em outros argumentos, "não só questionáveis mas também ultrapassados - carácter soberano da legislação (ROUSSEAU), indiferença jurídica a normas e princípios supraordenados (constitucionais), carácter formal do Estado de direito"⁶⁷, dizendo mais, pois, sobre o que não é vinculável na atividade do legislador do que realmente esclarecendo o que se pede: qual o grau de vinculação positiva do legislador ao texto constitucional.

Percebe-se assim que nenhuma dessas concepções (pensamento de execução, pensamento de aplicação e pensamento de livre conformação) são suficientes ou eficazes para dar uma resposta satisfatória ao problema da vinculação do legislador⁶⁸. Deixam sem solução, como claramente demonstra CANOTILHO, "o problema fundamental: limites positivos e a força intrínseca determinante dos preceitos constitucionais"⁶⁹. Como, então, solucionar este problema?

Em primeiro lugar, deve-se afirmar categoricamente, com CANOTILHO, que a idéia de vinculação do legislador é, em termos gerais, "extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado Democrático-Constitucional, todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados as normas hierárquico-superiores da Constituição"⁷⁰.

Não é a Constituição, assim, como o foi à época da constitucionalização das monarquias europeias, um simples limite que se imponha ao legislador *a posteriori*, o que importaria no retorno à concepção de que o poder do legislador e o do Estado preexistiam à própria Constituição. Ora, jurídica e constitucionalmente falando, ninguém hoje o discute, no Estado Democrático Constitucional contemporâneo, a Constituição não apenas limita o poder, ela,

⁶⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 242.

⁶⁸ As fragilidades desses posicionamentos teóricos são apresentados por CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 238 e ss.

⁶⁹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 241

⁷⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 248

verdadeiramente, o funda. É incontestável, portanto, que a Constituição vincula o legislador tanto formal e negativamente (os limites e o "como" de sua atuação) como material e positivamente (o que deve proceder e realizar). Tal conclusão não abre espaço para discussão, sendo outro o problema, esse sim complexo, de qual é a estrutura e o grau de tal vinculação.

Dizendo-o de uma outra maneira, as Constituições contemporâneas prescrevem, de maneira mais ou menos detalhada e concreta, os fins do Estado, os princípios materiais orientadores de sua ação e as tarefas impostas aos órgãos estaduais, os quais evidentemente vinculam o legislador. Quanto a isso não pode restar qualquer dúvida, sob pena de inverter-se a hierarquia normativa, colocando-se a Constituição aos pés do legislador. Dizendo isso, permanece, entretando, a questão principal: "precisar o conteúdo e a extensão desta vinculação"⁷¹. A solução para esse problema só será alcançada através da realização do estudo da estrutura das normas constitucionais que possibilite captar a diferença de densidade normativa existente entre os vários tipos de preceitos constitucionais.

Procedendo esse estudo, chegou CANOTILHO à conclusão de que a força vinculante de uma Constituição, isto é, a capacidade de determinar positivamente as ações do legislador "oscila entre uma espécie de 'grau-zero' de vinculação positiva a uma 'heteronomia determinante' estreitamente vinculativa dos atos do legislador"⁷². No primeiro caso prevalece a liberdade de conformação do legislador, no segundo, a "direção positiva" ou vinculação da Lei Fundamental.

Dizer que a Constituição, em determinado ponto, tende a um grau-zero de vinculação positiva não induz à conclusão de que exista uma liberdade absoluta do legislador, uma vez que ele sempre estará, no ofício de qualificar e realizar o interesse público, adstrito à rede de limites negativos e de vinculações positivas impostos pela Constituição. A própria idéia de

⁷¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 249

⁷² CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 251

interesse público não se encontra à sua livre disposição, pois a compreensão normativa do que sejam os interesses públicos deve e só pode ser aferida a partir do texto constitucional, ou seja, "é necessariamente uma definição da *salus publica* a partir da Constituição: *salus publica ex constitutione*"⁷³. Como é que se estrutura o sistema de vinculação constitucional é o que se passa a examinar.

3.5.1. A TEORIA DAS DETERMINANTES CONSTITUCIONAIS

Marcando um certo retorno (qualificado e adaptado ao Direito Constitucional) à idéia de discricionariedade, entende CANOTILHO possível uma clarificação da estrutura vinculativa da Constituição a partir da teoria das determinantes.

A importância da teoria das determinantes reside no fato de ela inserir um conteúdo material na idéia de vinculação positiva ou direção presente na discricionariedade. Enquanto as teorias tradicionais (a Teoria Pura à frente) compreendiam, como se sabe, que o controle existente, a envolver a idéia de discricionariedade, seria essencialmente formal, a teoria das determinantes acrescenta-lhe um conteúdo material, fazendo distinção, no âmbito de atuação do poder discricionário, entre "elementos, factores ou determinantes que se impõem externa e materialmente às autoridades (*determinantes heterônomas*), e elementos factores ou determinantes autonomamente introduzidas pelos agentes administrativos na valoração e ponderação das situações de fato (*determinantes autônomas*)"⁷⁴.

Na esfera da atividade legislativa, diz CANOTILHO, a discricionariedade do legislador (liberdade vinculada) haverá de ser sempre avaliada através da relação mantida entre a

⁷³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 252

⁷⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 246

vinculação imposta externamente pela Constituição (determinantes heterônimas) e os fatores que foram, à disposição do legislador, introduzidos em sua decisão normativa (determinantes autônomas).

Outrossim, duas conclusões se impõem quanto aos "atos de concretização" (Constituição => lei => ato administrativo ou sentença):

(1) Com relação às determinantes heterônimas os atos legislativos serão sempre juridicamente vinculados (imagina-se não ser necessário dizer o mesmo dos atos administrativos e sentenças);

(2) De outra parte, decisões econômicas, políticas, culturais, religiosas e outras que tais, que envolvam determinantes autônomas (juízos e critérios políticos, econômicos, culturais e religiosos, etc. a disposição do legislador), nem por isso serão privadas de dimensão jurídica, uma vez que qualquer atuação desse tipo será "sempre condicionada pelos limites, idéias, fins, formas e processos heteronomamente determinantes"⁷⁵. Assim, no Brasil, as escolas públicas, para que se tenha uma idéia, têm liberdade de compor o seu currículo, mas diante da locução do art. 210, § 1º, da CF/88, que estabelece matrícula facultativa no ensino religioso, nenhuma escola pública poderá impor ao aluno matrícula obrigatória.

Graças a essa teorização, de acordo com CANOTILHO, torna-se possível vislumbrar o seguinte sistema de graduação da vinculação do legislador à concretização do texto constitucional: (a) *competência de concretização legislativa*; (b) *competência de qualificação legislativa positivamente vinculada*; (c) *competência de qualificação negativamente vinculada*; e (d) *competência de qualificação legislativa não arbitrária*.

⁷⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 247

(a) No âmbito da *competência de concretização legislativa*, o espaço de livre conformação que sobra ao legislador é o de menor abrangência, restando-lhe, em verdade, apenas a opção de concretizar a norma constitucional. Estando os interesses públicos completa e concretamente delimitados, o que dispõe o legislador é simplesmente da autorização para "concretizar esses interesses"⁷⁶. Nada pode, por exemplo, o legislador frente à expressa determinação do art. 5º, inc. XV, da CF/88, com a seguinte dicção: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", senão dar-lhe fiel cumprimento. Neste, como em outros dispositivos constitucionais, "o legislador não qualifica os interesses públicos, concretiza-os nos estreitos limites constitucionais"⁷⁷.

(b) No caso da *competência de qualificação legislativa positivamente vinculada*, remanesce já ao legislador alguma liberdade para qualificar os interesses públicos. Não sendo, pois, como a anterior, uma atividade de mero cumprimento do texto constitucional, abre-se, então, algum espaço para as determinantes autônomas. Porém, é ainda muito reduzido o âmbito de qualificação a ele atribuído. Assim, por exemplo, somente em atendimento a "interesses absolutamente prevaletentes" da comunidade, constitucionalmente fundados, é que se poderia restringir alguns dos direitos fundamentais, sendo este o caso dos direitos excepcionalmente sujeitos à restrição, como o direito de greve e de liberdade de pensamento. A contenção possível, é lógico, terá que prestar contas às determinantes heterônimas, isto é, às disposições que, direta ou indiretamente, estejam referidas ao âmbito e ao programa normativo desses direitos objetos da constrição, como forma de proteger-lhes o núcleo essencial.

Os interesses e os limites opostos pelo legislador a esses direito serão, pois, "sempre definidos a partir da Constituição (*ex Constitutione*) e não interesses definidos em abstrato e ao sabor das constelações políticas do poder"⁷⁸. Há aqui o CANOTILHO denomina de crivo

⁷⁶ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 252

⁷⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 253

⁷⁸ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 253-4

constitucional⁷⁹, isto é, toda interpretação em qualquer atividade de concretização (lei, ato administrativo ou sentença) realiza-se através e à luz da Constituição. O que, por exemplo, o legislador, juiz e administrador, nas suas respectivas atividades, devem entender por direito de propriedade ou greve não é, primeiramente, o que sobre esses direitos digam o Código Civil ou CLT, mas é, pelo contrário, a partir do que o texto constitucional deles afirma que se deve captar-lhes o sentido e a definição, até para, aí sim, interpretar estas normas ordinárias (CC e CLT) em consonância com a Lei Fundamental.

Pode-se, dessa maneira, por exemplo, impor limitações ao direito de greve (art. 9º, CF/88) para proteger "os serviços ou atividades essenciais" (art. 9º, § 2º, da CF/88) ou para impor responsabilidade pelos abusos (art. 9º, § 2º, da CF/88), o que não atribui, de forma alguma, liberdade ao legislador para disciplinar de tal maneira as limitações, que atinja o próprio núcleo essencial do direito de greve - definindo, v.g., toda e qualquer atividade e serviço como essenciais e declarando a própria paralisação como abuso -, tornando assim inviável e letra morta o direito mesmo. O legislador pode, neste caso, legislar até para, de maneira razoável (princípio da razoabilidade) e proporcional (princípio da proporcionalidade), criar limitações, mas está, por seu turno, balizado, negativa e positivamente, pelas determinantes constitucionais, que se põem no sentido de conferir aos trabalhadores o direito de greve e não de possibilitar ao legislador que o aniquile. Ainda, de uma outra maneira, o texto constitucional, bem analisado, objetivou conferir o direito de greve aos trabalhadores, permitindo, em situações extremas, as limitações (necessárias e constitucionais), e não o contrário: impor-lhes limitações, permitindo, em situações extremas, o direito de greve.

⁷⁹ A lembrança deste último aspecto é particularmente importante, num país como o Brasil, em que as autoridades, em completo descompasso com a hermenêutica mais simples que impõe o princípio da supremacia da Constituição (obediência à Constituição frente à qualquer norma), têm o mal hábito de proceder de maneira inversa e, ao contrário de lerem as outras normas em conformidade com a Constituição, pretendem interpretar a Constituição consoante o que estabelecem essas normas subalternas. Assim, não é incomum encontrar-se civilistas tentando captar o sentido exato do que seja direito de propriedade (5º, XXII) e função social da propriedade (5º, XXIII) a partir do que dispõe o Código Civil de 1916. Ver CANOTILHO et MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p. 43 e ss.

(c) No que toca à *competência de qualificação negativamente vinculada*, a liberdade do legislador (presença de determinantes autônomas) torna-se ainda mais intensa, reconhecendo-lhe uma "competência de qualificação dos interesses públicos que apenas poderá ser contestada quando for inequivocamente contrária à ordem constitucional"⁸⁰. Aqui, como se nota, o papel da Constituição é mais o de impor limites negativos ao legislador, do que propriamente o de uma determinante positiva heterônima. Como exemplo expressivo, têm-se o art. 145, da CF/88, que atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir tributos, não estando, com isso, obviamente, estes entes políticos, positivamente, obrigados a criá-los, mas se o fizerem, terão que guardar atenção a todas as limitações ou determinações negativas (legalidade, irretroatividade e anterioridade da lei tributária) que lhes impõe a Constituição.

(d) Na *competência de qualificação legislativa não arbitrária* localizam-se as matérias constitucionais em que se verifica a maior liberdade do legislador, correspondendo, no interior da teoria das determinantes, ao espaço onde menos se fazem presentes as determinantes heterônimas e mais se atribui ao legislador a possibilidade de informar as suas decisões a partir de juízos e critérios próprios (determinantes autônomas). É aí, pois, que "o legislador erige certos fins políticos que se lhe afiguram oportunos em interesses públicos, restando apenas, como eventual limite, a proibição do arbítrio"⁸¹. O autor dá como exemplo, tendo em vista a experiência constitucional portuguesa, o das relações internacionais.

Tem essa sistematização como finalidade demonstrar que o problema da vinculação do legislador não se compadece com "esquemas simplistas dicotômicos" como é o caso daqueles que opõem-se reciprocamente concepções como a de execução (o legislador como mero

⁸⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 254

⁸¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, *ibidem*.

executor da Constituição) ou a de liberdade de conformação (o legislador com a ampla liberdade de comportamento frente à Constituição)⁸².

A importância da teoria das determinantes estaria, então, em estruturar um sistema de vínculos positivos externos (determinantes heterônomas) e internos (determinantes autônomas) a permitir tanto o controle da inércia absoluta do legislador - apontando claramente quando o legislador está completamente limitado no seu o dever de legislar (como é o caso da competência de concretização legislativa) - como também remediar uma concretização por ele mal conduzida, ou por omissão relativa, ou por leis e atos inconstitucionais. Assim, através da verificação, caso a caso, da relação existente entre determinantes heterônomas e determinantes autônomas, poder-se-ia configurar, para um posterior juízo de censura, a existência ou não de um débito de concretização do legislador junto ao texto constitucional⁸³.

Outra importante contribuição da teoria das determinantes é esclarecer o fato de que mesmo onde existir maior liberdade do legislador para, através da determinantes autônomas, qualificar os interesses públicos, pode se configurar um padrão de vinculação de suas ações e do seu dever de legislar. Aqui, portanto, já não se trata de controlar os vícios externos dos atos legislativos, a partir de um confronto seu com as normas constitucionais (determinantes heterônimas), mas busca-se, isto sim, veriificar a existência de "vícios lógicos intrínsecos" à própria lei. O que se quer dizer é que nem mesmo os critérios autônomos do legislador estariam de todo e por tudo livres de qualquer censura e controle. Este controle poderia se efetivar, segundo CANOTILHO, da seguinte forma: "A partir dos projetos de lei, dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos dos diplomas e até dos títulos de artigos, além, evidentemente,

⁸² CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 255

⁸³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 256

do contexto do articulado legal, poder-se-iam captar os sintomas ou indícios de vício ou vícios funcionais do acto legislativo"⁸⁴.

Os vícios acima relatados corresponderiam a verdadeiros desvios de poder legislativo, não redutíveis, obviamente, a casos de violação dos princípios da "proibição do arbítrio", princípio da proibição do excesso (proporcionalidade), proibição da ilogicidade (razoabilidade) ou proibição da "discriminação injustificada" (princípio da igualdade), já que todas essas infrações legislativas são típicos exemplos de violações a "princípios constitucionais heteronomamente determinantes"⁸⁵, configuradoras pois de puras e simples inconstitucionalidades e, como tal, confirmadas pelo só confronto do ato legislativo com as normas constitucionais.

Os vícios que acima se vislumbra, pelo contrário, não encontram sua existência na relação apenas dos atos legislativos com as normas e condições heteronimamente impostas pela Constituição. Segundo CANOTILHO, um vício por excesso ou desvio de poder seria plenamente admissível, mesmo na atividade legislativa, bastando-se para tanto que se verificasse um divórcio entre a disposição legal e a realidade a que se destina, ou, ainda, se viesse a ser comprovada "a inexistência da circunstância de interesse público"⁸⁶ a que a lei se referia na motivação do exercício da função legislativa"⁸⁷.

O que se vem de afirmar é que, já aqui, a limitação que se impõe ao legislador não se levanta diretamente a partir de determinantes insculpidas na própria Constituição, mas derivam essencialmente dos motivos, critérios e juízos (determinantes autônomas) que o

⁸⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 258

⁸⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 261

⁸⁶ Difícil não trazer à memória a questão de saber qual teria sido o interesse público a fundamentar a anistia aos parlamentares que se utilizaram recentemente de recursos (gráficos) públicos na distribuição de propaganda eleitoral.

⁸⁷ No Direito Administrativo, tal circunstância tem recebido disciplinamento a partir do que se chama "teoria dos motivos determinantes", CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 258

próprio órgão legislativo se impôs no momento em que criava a norma legal. O legislador, entenda-se, acaba por violar as normas (determinantes heterônimas) da Constituição, mas através de critérios (determinantes autônomas) que tinha liberdade para escolher.

Consoante os ensinamentos de CANOTILHO, esses vícios se conformariam no seguinte esquema:

"(1) existência de determinantes constitucionais heterônimas e determinantes legislativas autônomas;

(2) quando as determinantes heterônomas comandarem positivamente as determinantes autônomas;

(3) o legislador ao eleger determinantes autônomas não observa as diretivas materiais e os fins constitucionais heterônimas, neste caso teremos situações ou hipóteses de:

(4) Vícios de discricionariedade legislativa ou de excesso de poder legislativo"

Assim, mesmo onde remanescer, pela presença das determinantes autônomas, uma maior liberdade de conformação do legislador, como diversas vezes afirmado, mesmo aí não estará o legislador completamente indene a qualquer controle. O sistema acima proposto não colima tampouco transformar o controle de concretização das normas constitucionais em um "juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso acarretaria uma tão temida substituição inadmissível do legislador pelo juiz na seleção das determinantes autônomas"⁸⁸. Como afirma GILMAR FERREIRA MENDES, o vício por excesso, "externado sob a forma de desvio de poder, há de ser aferido com base em critérios jurídicos(...) (Pois), Não se trata de perquirir sobre a conveniência e oportunidade da lei, mas de precisar a congruência entre os fins constitucionais estabelecidos e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade"⁸⁹. Assim, segundo a teoria das determinantes, o

⁸⁸ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 264

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p. 42. Também aí se lê que o no vício por excesso de poder legislativo "cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins

que se busca é possibilitar juridicamente a visualização de um eventual "excesso ou desvio de poder legislativo" a partir do juízo de adequação das determinantes autônomas às finalidades constitucionais, ou, como diz CANOTILHO, verificar se não houve um menosprezo das finalidades da constituição ou sua substituição "por determinantes autônomas contraditórias, incongruentes ou não pertinentes com os fins e diretivas materiais das determinantes heterônimas"⁹⁰.

Fechando este estudo, passa-se a analisar a estrutura básica dessas diretivas positivas, que acima se referiu, tanto para completar e tornar mais claro o sistema que ora se conclui, como para melhor caracterizar as situações em que, definitivamente, se faria presente um dever constitucional do legislador em concretizar a Constituição. As normas constitucionais que se vestem de tais atributos recebem de CANOTILHO a denominação de imposições constitucionais, e é delas que agora se irá cuidar.

3.5.2. A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Determinando, ainda, o espaço onde se faria possível um controle da inércia do legislador, afigura-se importante para CANOTILHO caracterizar, no amplo espectro conformado pelas normas constitucionais, as diretivas da Constituição qualificadas como imposições constitucionais. Isso porque "No caso das imposições constitucionais em sentido

constitucionalmente previstos ou constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a exigibilidade do ato legislativo" (p. 38-39).

⁹⁰ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 265

estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente imposto pelas normas constitucionais"⁹¹.

São as imposições constitucionais objetivos (diretivas) permanentes prescritos pela Constituição, mas por serem diretivas concretas de atuação, possibilitam uma direta e imediata censura ao legislador em caso de omissão. Ainda que correspondam a diretivas constitucionais, têm um conteúdo suficientemente concreto para possibilitar uma clara visualização da adequação ou não do legislador ao texto constitucional, diferenciando-se assim de normas de conteúdo mais abstrato, que impossibilitam tal julgamento.

Há uma clara e contundente diferença entre, por exemplo, a norma do art. 184, da CF/88, que impõe a reforma agrária de maneira bastante concreta ("Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei"), e a norma do art. 3º, inc. I, da CF/88, com a seguinte dicção: "art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - contruir uma sociedade livre, justa e solidária". A primeira norma, art. 184, é claramente uma imposição constitucional, permitindo o juízo de adequação material das ações do legislador com a determinação constitucional, já no segundo caso, art. 3º, inc. I, pelo seu conteúdo abstrato, mostra-se mais complexo e dificultoso seu julgamento.

São as seguintes as vinculações das imposições constitucionais:

a) Deve o legislador realizar as imposições constitucionais, o "se" do ato legislativo não fica à sua livre disposição, havendo pois uma vinculação material entre Constituição e a lei.

⁹¹ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 332

Em outras palavras, não pode o legislador, frente a uma imposição constitucional, optar entre fazer e não fazer, ainda que, obviamente, a realização dos objetivos constitucionais nem sempre se prestam a soluções instantâneas.

b) As matérias da concretização são as que se encontram inseridas no texto constitucional. As imposições constitucionais prescrevem à política os seus objetivos, isto é, os objetivos do texto constitucional se impõem ao legislador, também não estando, nesta esfera, livre quanto ao "quê" de suas decisões.

c) Quanto à maneira de realizar as imposições, deve o legislador agir em conformidade com as diretivas das imposições (texto e sentido), bem como atender às normas que elas, explícita ou implicitamente, façam referência. Dessa forma, também o "como" da atuação legislativa encontra-se delimitado.

Resumindo, então, o que se vem de dizer, as imposições constitucionais retêm, então, as seguintes características: "(1) (a presença de uma) ordem permanente e concreta dirigida essencialmente ao legislador, no sentido de emanar os atos legislativos concretizadores; (2) o dever de o legislador regular positivamente as matérias contidas nas imposições; (3) o dever de o legislador atuar os preceitos impositivos, segundo as diretivas neles contidas"⁹². Um sistema assim composto de imposições positivas, a exigir a atuação do legislador⁹³, ao aglutinar-se com a instrumentalização conferida pela teoria das determinantes constitucionais, já se afigura como passo importante para, tecnicamente, extrair-se do legislador (através de uma clara delimitação de sua vinculação positiva à Constituição) o que seja juridicamente possível como concretização constitucional.

⁹² CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 316

⁹³ Não se está desconsiderando o fato de que nem sempre as imposições constitucionais se dirigem ao legislador, mas se a ele se refere com insistência é pela compreensão de que a ele elas (imposições) se destinam prioritariamente.

Não se pode, entretanto, esquecer que a concretização das imposições constitucionais, no plano jurídico, não se resolve num átimo, pois, como já acentuado, trata-se de um processo e não de um ato, é, conforme CANOTILHO, "uma seqüência de atualização e não um <estampido>"⁹⁴. Como tal as imposições constitucionais se não se prestam a solucionar imediatamente os problemas de efetivação constitucional, servem, porém, para cobrar atualização do texto constitucional, evitando-se, assim, que sua concretização fique condenada às "calendas gregas".

3.5.3.MANDADO DE INJUNÇÃO, INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira de 1988, dando relevo à vinculação do legislador e à exigência de sua concretização, criou dois institutos jurídicos destinados a cobrar dos Poderes Públicos a efetivação-concretização de suas normas: o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão.

Não obstante as persistentes manifestações dos tribunais e da doutrina no sentido de afirmar a inexistência de proteção processual contra a inércia do legislador ou de quem tenha competência legislativa em atualizar o texto constitucional, tem sido este dogma severamente questionado, como atrás se demonstrou sobejamente, pela teoria constitucional contemporânea.

Os esquemas regulativos através dos quais o Estado contemporâneo passou a intervir na economia e na sociedade não mais se bastavam nos estreitos limites, como afirma

⁹⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 481

CANOTILHO, das "narratividades dogmáticas do gênero norma jurídica-ato administrativo"⁹⁵, tornando-se muito mais intensa a necessidade do cidadão de obter normas infraconstitucionais que dessem significado prático aos direitos (principalmente a prestações positivas) insertos no texto constitucional. Por outro lado, tornaram-se cada vez mais freqüentes os casos de violação dos direitos fundamentais "por falta de normas densificantes adequadas"⁹⁶. Por isso "andou bem" a Constituição de 1988 ao criar o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão como forma de obviar a inércia ou omissões dos órgãos legislativos.

Ainda que não se proceda uma pormenorizada discussão dogmática sobre mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão, tarefa, aliás, já realizada por diversos publicistas⁹⁷ com muito mais rigor do que seria possível nos limites desta pesquisa, mostra-se, porém, necessário que se esclareça em que termos, à luz do que até agora se disse, deve-se conceber os limites e as possibilidades destes institutos. É o que se passa a fazer.

Já demonstra a diferença acima exposta entre imposições constitucionais e objetivos genéricos (normas fins) da Constituição que não é, do ponto de vista da concretização constitucional, qualquer omissão a que se pode irrogar uma censura por desconformidade com as normas constitucionais. Assim, para melhor qualificar o que seja uma omissão juridicamente relevante, são as seguintes, consoante o que aqui se revelou, suas características:

⁹⁵ CANOTILHO, "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos - O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas", in (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira) *As garantias do cidadão na Justiça*, p. 358.

⁹⁶ CANOTILHO, "Tomemos a sério...", *ibidem*

⁹⁷ BARROSO, *op. cit.*, p.175 e ss.; MEIRELLES, H L. *O mandado de segurança, a ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, p. 141 e ss; PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p 251 e ss; CALMON DE PASSOS, J J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. p. 116 e ss; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As novas garantias constitucionais*, in RT 644/7, p. 13-14; Quanto à jurisprudência, o *leading case* na matéria é, cfe. BARROSO, o aqui já referido MI 107-3-DF, cuja ementa da decisão encontra-se no D.J. 21.09.90, p. 9.782. Correspondendo ao ponto de vista aqui adotado, veja-se os votos vencidos dos Ministros CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, CÉLIO BORJA E MARCO AURÉLIO, no MI 232-1-RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 27.03.92, P. 3.800.

(1) Não é a omissão juridicamente relevante identificável por um mero "não fazer" ou um simples "conceito de negação". Omissão constitucionalmente relevante, informa CANOTILHO, "significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado"⁹⁸. Desta forma, levando-se em consideração o que acima se disse sobre as imposições constitucionais, pode-se afirmar que a omissão do legislador só se torna juridicamente relevante quando referida a *uma exigência constitucional de ação*, isto é, não basta um mero *dever geral de legislar* para que se configure uma omissão constitucional;

(2) Esse dever ou exigência constitucional de ação só passa a ter existência quando conformar a hipótese normativa de autênticas e concretas imposições constitucionais⁹⁹. Para CANOTILHO, pois, não haverá grande utilidade de se falar em omissão inconstitucional quando se tratar, por exemplo, do não cumprimento do inc. I, do art. 3º, da CF/88, que reza ser objetivo constitucional fundamental "construir uma sociedade livre, justa e solidária". A não concretização de uma norma com essa estrutura e densidade, ainda que juridicamente relevante (lembre do Cap. 2, onde se abordou os efeitos da normas-programa), depende mais da luta política do que de censura ou mecanismos de controle jurídico. Mas, conforme CANOTILHO, estar-se-á perante uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão se o caso é de não implementação legislativa do procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública (. art. 5º. XLVI)¹⁰⁰;

(3) Também caracterizarão autênticas inconstitucionalidades por omissão se a omissão que se vislumbra é a não-efetivação de ordens de legislar, que, diferenciando-se das imposições constitucionais, apresentam-se suficientes em si mesmas, exigindo do legislador a

⁹⁸ CANOTILHO, "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos - O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas", p. 351. Ver também BARROSO, *op. cit.*, p. 170 e ss.

⁹⁹ CANOTILHO, , "Tomemos a sério...", p. 354

¹⁰⁰ CANOTILHO, "Tomemos a sério...", p. 355, ver também, BARROSO, *op. cit.*, p. 156 e ss.

sua mera execução, como era bem o caso do art. 2º, do ADCT, da CF/88, que impunha ao TSE o dever de editar as normas regulamentadoras do plebiscito sobre forma e sistema de governo:

(4) Pode-se falar, para sintetizar, em inconstitucionalidade por omissão, todas as vezes que a Constituição "consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exeqüíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exeqüibilidade prática"¹⁰¹.

Mas não basta hoje, no Brasil, caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, pois, como já se disse, incorporou a ordem constitucional instaurada em 1988, além dessa espécie de instituto, o mandado de injunção. Seria, assim, necessário estabelecer as diferenças existentes entre os dois mecanismos constitucionais criados para proteger a Constituição contra a desídia do legislador. Seriam então as seguintes diferenças:

(a) *Legitimidade ativa*: a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) faz parte das ações diretas e abstratas de inconstitucionalidade, sendo promovida apenas pelos agentes restritamente legitimados para tanto (art. 103, *caput*), em oposição a isso, o mandado de injunção insere-se nas ações constitucionais de garantia - no caso, de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º. LXXI) -, atribuída à generalidade dos cidadãos¹⁰²;

(b) *Natureza jurídica*: em consequência do que atrás se afirmou, a inconstitucionalidade por omissão é uma ação de defesa e garantia da própria Constituição; enquanto o mandado de injunção é uma *ação de defesa de direitos e liberdades fundamentais*¹⁰³; desta forma,

¹⁰¹ CANOTILHO, "Tomemos a sério..."

¹⁰² CANOTILHO, "Tomemos a sério...", p. 356

¹⁰³ Há aí, como se vê, uma ligeira diferença com a caracterização de CANOTILHO, que fala apenas em ação de garantias individuais (p. 356), não se compreendendo o porquê da redução a "garantias" e "individuais", redução essa não operada pelo texto constitucional.

enquanto a inconstitucionalidade por omissão visa a atacar a omissão legislativa, abstrata e genericamente considerada, através do juízo de censura veiculado pela comunicação ao órgão omisso, o mandado de injunção, por seu turno, objetiva proteger o direito ou liberdade fundamental em sua referência concreta e pessoal ao cidadão, sendo que o tribunal não cria norma genérica, mas apenas afasta o obstáculo da inércia legislativa ou regulamentar, resolvendo o caso concreto.

(c) *Objeto*: enquanto o mandado de injunção se restringe à proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI), a inconstitucionalidade por omissão tem, quanto ao objeto a proteção da Constituição contra omissão de medidas para tornar efetiva qualquer norma constitucional (que configure, como se adiantou, uma omissão relevante);

(d) *Juízo competente*: a inconstitucionalidade por omissão é, como controle abstrato e concentrado, de competência exclusiva do STF, enquanto o mandado de injunção por ser impetrado perante outros tribunais - v. g., *STF* (art. 102, I, "q"), *STJ* (ART. 105, I, "h").

Com a instituição do mandado de injunção, parece claro que a Constituição de 1988 quis por em relevo a (1) vinculação do legislador e dos outros órgãos com competência normativa à efetivação-concretização das normas constitucionais (referentes aos direitos e liberdades fundamentais); (2) acentuou "a diretividade ou força dirigente dos direitos fundamentais"¹⁰⁴, que desta forma passam a atuar como premissa material do legislador, a exigir-lhe concretização e regulamentação normativa; (3) realçou o dever de *exeqüibilidade* e *realizabilidade* que se impõe ao legislador, cobrando-lhe que torne praticamente exeqüíveis os direitos assegurados pela Constituição.

¹⁰⁴ CANOTILHO, "Tomemos a sério...", p. 359

Resumindo o que se está a dizer, "*os efeitos irradiantes da cláusula de vinculação dos poderes públicos pelos direitos fundamentais exige, pelo menos, que se tomem a sério as várias dimensões dessa vinculação, ou seja, a sua actualidade, positividade e normatividade*¹⁰⁵".

Mas também isso não revela qual o verdadeiro alcance do mandado de injunção, sendo esta a discussão que abaixo se expõe.

(I) Em primeiro lugar, deve-se realçar o princípio da subsidiariedade, isto é, como em outras ações constitucionais de proteção de direitos fundamentais, também o mandado de injunção não deverá ser utilizado enquanto se mostrarem possíveis, satisfatoriamente, outros remédios judiciais¹⁰⁶;

(II) Não visa o mandado de injunção a criação de normas jurídicas, genéricas e abstratas, que se refiram ao exercício de direitos e liberdades carecidos de regulamentação, isto é, o mandado de injunção não transforma o tribunal em legislador. Em outros termos, o mandado de injunção visa apenas revelar o "conteúdo autônomo" referido individual e concretamente ao cidadão impossibilitado de exercer aqueles direitos constitucionais por vácuo legislativo ou regulamentar. Ao modo de Kelsen, dir-se-ia que com o mandado de injunção o que se busca é a norma concreta e individual que solucione o caso específico deduzido em juízo.

Por isso, algumas situações em que, antecipadamente, se mostra necessária a intervenção do legislador, pelo juízo (econômico, social e político) que envolvem, não se afiguram passíveis de solução mediante o mandado de injunção. Assim, a CF/88 assegura no art. 7º, XI, a participação nos lucros das empresas aos trabalhadores. Neste caso, o mandado de injunção,

¹⁰⁵ CANOTILHO, "*Tomemos a sério...*", p. 359

¹⁰⁶ Cfe. BARROSO, p. 190; MI 74-3-SP (RT 646/173), MI 60-3-DF (DJ 9.03.90; MI 16-DF, RTJ 127/1, MI 14-0-DF, DJ 18.11.88, MI 89-1RJ, DJ 16.05.90. E ver também CANOTILHO, "*Tomenos a sério...*", p. 363

como tantos outros que envolvem direitos econômicos, sociais e culturais, apresenta-se com todas as suas limitações. O "modo de cálculo, distribuição e participação pressupõem prévia e necessariamente uma lei que imprima constitutivamente um conteúdo ao direito em análise"¹⁰⁷. No caso, autocontenção do Judiciário não impede que a solução seja buscada em outros espaços, que não seja o estritamente jurídico, como é o da luta política.

Tendo examinado o mandado de injunção (assim como a inconstitucionalidade por omissão) e a clara exigência de efetivação que por ele a Constituição fez anunciar, pode-se, pois, concluir com as seguintes palavras de CANOTILHO:

*"Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos"*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CANOTILHO, "Tomemos a sério...", p. 366

¹⁰⁸ CANOTILHO, "Tomemos a sério...", p. 367

CONCLUSÕES

Puderam ser recolhidas no transcorrer desta pesquisa algumas conclusões parciais, abaixo transcritas, que ora se convertem em suas considerações finais:

(1) Cuidou-se, neste espaço, de uma espécie de não-concretização constitucional, a mais comum, em que o texto constitucional, embora não experimentado pelo conjunto da coletividade e ainda representativo de seus interesses, é negado e afrontado, não por um acordo/consenso de "todos com todos", mas pela omissão ou ação inconstitucionais daquele que é o destinatário privilegiado das imposições constitucionais: o legislador.

(2) Não basta à questão da não efetivação constitucional a afirmação de que se encontra o legislador vinculado a Constituição e ao seu cumprimento, pois fica ainda por se responder (a) em que medida e em que sentido se encontra a interpretação do legislador vinculada pela Constituição e (b) quem, no Estado Democrático-Constitucional, teria o direito e poder de controlar os limites da vinculação e da liberdade do legislador.

(3) Quanto à classificação das normas constitucionais, parece ter sido suficientemente demonstrado que a simples situação de uma norma constitucional, nesta ou naquela classificação, não afasta muitas das dificuldades que caracterizam a concretização das normas constitucionais, ou seja, no geral, os problemas que envolvem a transposição dos efeitos da norma do plano formal para a realidade empírica independem do lugar (classificação) que as normas ocupam. Assim a classificação de uma norma constitucional, só por si, não esclarece, por exemplo, (a) o que se deve fazer quando da divergência entre os órgãos supremos sobre o enquadramento de uma norma, (b) o que se pode e o que se deve

fazer quando o órgão que deveria concretizar o mandamento constitucional se mantém omissos e (c) a quem cabe, em última instância, a "verdadeira" interpretação e classificação de uma norma constitucional. Quem bem analisar, perceberá que se vê diante do velho, mas sempre renovado, problema da separação de poderes, pois, o que aí se apresenta é a questão de saber não apenas a quem cabe concretizar a norma constitucional, mas também a quem se atribui, ante a inércia do órgão responsável pela concretização, o dever de velar e reprimir esta omissão e mediante quais poderes.

(4) Conquanto se tenha valorizado a omissão inconstitucional como forma privilegiada de promover-se a não-concretização das normas constitucionais, o fato verdadeiro, entretanto, é que toda inconstitucionalidade (por ação ou omissão) é uma maneira de repelir a pretensão de efetividade da Constituição, pois não se nega concretização ao texto constitucional apenas através de sua não-regulamentação, mas também, e às vezes principalmente, ao regulamentá-la (por ação) com efeitos diversos dos por ela pretendidos.

(5) Quanto ao princípio da separação de poderes, pode-se asseverar que no atual estágio do Estado Constitucional Democrático esse princípio, como qualquer outro, encontra, normativamente, o seu fundamento, extensão e limites, no que superior e inarredavelmente estabelece a Lei Fundamental. Se é a Constituição (hoje ninguém o contesta) que, juridicamente, dá vida e fundamento ao princípio da separação de poderes, seria um despropósito jurídico desejar erguer o referido princípio como barreira protetora dos que violam a pretensão de eficácia e efetividade das normas constitucionais. Inobstante isso, por incrível que pareça, como atrás se revelou (seções 3.1 e 3.2), é exatamente esta

lógica sui generis - pedir respeito à Constituição (arguindo o princípio da separação de poderes) para constantemente desrespeitá-la (impondo a sua não-concretização) - o mais utilizado por aqueles que, devendo concretizar o texto constitucional, permanecem omissos. O que é pior é que este paroxismo da incongruência normativa parece ter subsidiado a decisão do S.T.F. que castrou os efeitos do mandado de injunção, pois sugere-se por trás de seu entendimento o seguinte raciocínio: não se deve estender os efeitos do mandado de injunção (que, frise-se, se destina a dar concretização à norma constitucional em caso de omissão regulamentadora do legislador ou órgão administrativo) porque isso poderia violar a separação de poderes.

(6) Afiguraram-se aqui como improcedentes todos os receios e críticas mais sérios que têm sido dirigidos à implementação da justiça constitucional, pois como ficou demonstrado, uma Constituição sem um órgão que imponha sua interpretação e a efetividade da mesma nos casos questionados é uma Constituição ferida de morte, pois ficaria à sorte do partido que estivesse no poder, que buscaria conferir ao texto constitucional a interpretação que, no momento, fosse a ele mais conveniente (no Brasil, por toda a espécie de abusos que têm sido praticados a partir -hermeneuticamente - da e contra - politicamente - a Constituição, esta avaliação parece ter particular interesse).

(7) Quanto à vinculação do legislador à concretização do texto constitucional, pode-se afirmar que a força vinculante de uma Constituição, isto é, a capacidade de determinar positivamente as ações do legislador oscila entre uma espécie de grau-zero de vinculação positiva e uma heteronomia determinante estreitamente vinculativa dos atos do legislador.

No primeiro caso prevalece a liberdade de conformação, no segundo, a direção positiva ou vinculação da Lei Fundamental. Dizer, porém, que a Constituição, em determinado ponto, tende a um grau-zero de vinculação positiva não induz à conclusão de que exista uma liberdade absoluta do legislador, uma vez que ele sempre estará, no ofício de qualificar e realizar o interesse público, adstrito à rede de limites negativos e de vinculações positivas impostos pela Constituição. A própria idéia de interesse público a ser qualificado pelo legislador, com a maior ou menor grau de vinculação, não se encontra à sua livre disposição, pois a compreensão normativa do que sejam os interesses públicos deve e só pode ser aferida a partir do texto constitucional, ou seja, é necessariamente uma definição da *salus publica* a partir da Constituição: *salus publica ex Constitutione*.

(8) A importância da teoria das determinantes, aqui utilizada e adaptada para a análise da vinculação do legislador, reside no fato de que ela faz inserir um conteúdo material na idéia de vinculação positiva ou direção presente na discricionariedade. Enquanto as teorias tradicionais (a Teoria pura à frente) compreendiam, como se sabe, que o controle existente, a envolver a idéia de discricionariedade, seria essencialmente formal, a teoria das determinantes acrescenta-lhes um conteúdo material, fazendo distinção, no âmbito de atuação discricionária, entre fatores ou determinantes que se impõem externa e materialmente às autoridades (*determinantes heterônimas*) e elementos, fatores ou determinantes autonomamente introduzidas pelos agentes administrativos na valoração e ponderação das situação de fato (*determinantes autônomas*).

Na esfera da atividade legislativa, diz CANOTILHO, a discricionariiedade do legislador (liberdade vinculada) haverá de ser sempre avaliada através da relação mantida entre a vinculação imposta externamente pela Constituição (determinantes heterônimas) e os fatores que foram, à disposição do legislador, introduzidos em sua decisão normativa (determinantes autônomas).

(9) Outra contribuição da teoria das determinantes é esclarecer o fato de que mesmo onde existir maior liberdade do legislador para, através das determinantes autônomas, qualificar o interesse público, pode-se configurar um padrão de vinculação de suas ações e do seu dever de legislar. Aí já não se trata, pois, de controlar os vícios externos dos atos legislativos, a partir de um confronto seu com as normas constitucionais (determinantes heterônimas), mas busca-se, isto sim, verificar a existência de vícios lógicos intrínsecos à própria lei. O que se quer dizer é que nem mesmo os critérios autônomos do legislador estariam de todo e por tudo livres de qualquer censura e controle. Este controle poderia se efetivar a partir dos motivos e critérios apresentados pelo legislador, a partir de projetos de lei, de trabalhos preparatórios ou preâmbulos dos diplomas legais, buscando-se vislumbrar algum desvio ou excesso de poder legislativo. Tais vícios seriam plenamente admissíveis, mesmo na atividade legislativa, bastando para tanto que se verificasse um divórcio entre o ato legislativo e a realidade a que se destina, ou, ainda, se viesse a ser comprovada a inexistência de circunstância de interesse público a que o ato se refere na motivação do exercício da função legislativa.

A limitação que, neste caso, se impõe ao legislador, portanto, não se ergue diretamente das determinantes insculpidas na própria Constituição, mas derivam essencialmente dos motivos, critérios e juízos (determinantes autônomas) que o próprio órgão legislativo se impôs no momento em que criava a norma legal. O legislador, entenda-se, acaba por violar os objetivos e diretivas das normas constitucionais (determinantes heterônimas) da Constituição, mas através de critérios e motivos (determinantes autônomas) que tinha liberdade para escolher.

(10) Quanto às imposições constitucionais, têm elas as seguintes características (a) a presença de uma ordem permanente e concreta dirigida essencialmente ao legislador, no sentido de editar os atos legislativos concretizados; (b) o dever de o legislador regular positivamente as matérias contidas nas imposições; (c) o dever de o legislador atuar os preceitos impositivos, segundo as diretivas neles contidas.

(11) Um sistema composto, então, de imposições positivas, a exigir a atuação do legislador, ao aglutinar-se com a instrumentalização conferida pela teoria das determinantes constitucionais, já se afigura como passo importante para , tecnicamente, extrair-se do legislador (através de uma clara delimitação de uma vinculação positiva da Constituição) o que seja *juridicamente possível como concretização constitucional*.

(Últimas considerações) O discurso proposto no conjunto do trabalho que ora se conclui quis marcar, implícita e explicitamente, uma ruptura em relação a um entendimento recorrente de que a esfera política seria "juridicamente livre" e "constitucionalmente

desvinculada". A Constituição, pois, como aqui é compreendida, não aceita significar para o legislador apenas um conjunto de "limites negativos", mas, num Estado Democrático de Direito, em que as decisões políticas devem necessariamente encontrar fundamentação e legitimidade no interesse público constitucionalmente qualificado, a Lei Fundamental de qualquer país deve corresponder a uma "verdadeira vinculação material" às ações de governo, exigindo-lhe por isso conformidade substancial com as normas constitucionais.

Neste sentido, não encarar séria e conseqüentemente um sistema apto a refrear a inércia do legislador, como o poderiam ser, no Brasil, a inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção¹, é relegar o problema das omissões constitucionais "para o terreno mais vasto do não cumprimento da Constituição"².

Por outro lado não se deve nem se pode fugir à constatação de que os vários problemas que envolvem a concretização de um texto constitucional ainda encontram na luta política, pela participação nos destinos do Estado e da sociedade, consagrada constitucionalmente como princípio democrático, o lugar privilegiado de sua solução. Assim, apesar de se ter buscado aqui priorizar as formas de controle jurídico, até pelo pouco e mau uso de que tem sido objeto, o fato inafastável é que não será por um improvável controle judicial ilimitado que se resolverão os dilemas da concretização constitucional, pois não se solve este problema convertendo o juiz em legislador, ou, como diz CANOTILHO, em "legislador

¹ Por tudo é preocupante o destino dado pelo STF ao instituto do mandado de injunção.

² CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 357, 397

apócrifo"³. A concretização constitucional, como problema político, há de ser resolvida antes de tudo por meio da "ação" (legislativa, comunitária e política) e não por via de "reação" (judicial).

No entanto, tal conclusão não afasta o sentido mais amplo de um Estado Constitucional de que, sendo verdade que a Constituição não pode substituir a política, é também verdadeira a afirmação de que, hoje, é a Constituição premissa material da política. A Constituição como um programa permanente de ação política exige atuações que dêem significado prático ao seu desejo de modificar a realidade, devendo pois os programas e os orçamentos⁴ de governo guardar atenção ao que nela se encontra dito. Aí é que essencialmente se localizam os problemas da concretização constitucional.

Uma Constituição que se põe a questionar a realidade (social, econômica e política) tende a deflagrar contra si uma série de descontentamentos por parte daqueles que se encontram, como diria LYRA FILHO, no "quentinho" e no "bem-bom" do *status quo*. Ora, um programa e ou qualquer ação isolada de um governo não se encontram perdidos no

³ CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 348.

⁴ Cabe ainda, o que não se pode negar, um papel importante à atividade de direção política, pois a ela incumbe-se a tarefa de selecionar e tornar específicos os fins e objetivos constitucionais, apontando-lhes os meios de realização (CANOTILHO, *Constituição Dirigente*, p. 467). Dessa forma, a realização de orçamentos participativos por algumas administrações parece ser uma boa resposta às dificuldades de, democraticamente, concretizar uma Constituição no que ela tem de diretiva, pois se uma Constituição impõe objetivos e programas permanentes de atuação política, nada mais lógico do que, no momento mesmo em que tais objetivos devam receber efetivação, se abram canais de participação democrática para que toda a comunidade (e não os poucos do eterno sempre) possa decidir quais dentre tais objetivos devam receber prioridade.

vácuo do universo dos interesses sociais, são sempre, pelo contrário, concretização de alguns destes interesses. O que na verdade esta dissertação tentou questionar é se essa concretização deve ser a realização dos interesses postos momentânea e conjunturalmente na agenda (parcial) dos grupos que se alojam no poder, ou devem, democraticamente, representar os objetivos e interesses mais amplos e permanentes, referidos à toda sociedade e, como tal, consagrados constitucionalmente. A resposta parece, teoricamente, óbvia, com o que, infelizmente, não tem concordado a prática política brasileira, contando para isso com a inexplicável coonestação de nossos tribunais.

Traçar, pois, mecanismos de controle material da ação política foi o último recurso das Constituições contemporâneas contra o desavergonhado pouco caso com que procediam os governantes que a ela devem obediência. Assim, não se satisfazem mais as Constituições contemporâneas com a existência de uma mera concordância formal dos atos dos detentores do poder com o que no seu texto está disposto, já que se comprovou historicamente que, mesmo bem definida a forma, são vários os conteúdos que por ela se fazem passar.

Por tudo isso, as Constituições atuais exigem respeito não só à forma e procedimentos que estabelecem, mas também aos objetivos que prescrevem. A Constituição brasileira de 1988 diz isso de maneira categórica, ao instrumentalizar a cidadania com os institutos da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que lhe servem de proteção à inércia e à fraude do legislador em relação à Lei Fundamental.

Isso posto, observando externamente, de uma perspectiva política, não há discurso que consiga justificar uma não-concretização das normas-objetivos da Constituição; olhando de dentro, à luz do direito, essa possibilidade, de desrespeito a pretensão da Constituição à efetividade de suas normas, é simplesmente um despropósito, sendo mesmo de causar vergonha que, ao encerrar, constate-se que, mais uma vez, dizer o óbvio mostrou-se necessário. Tranqüiliza, porém, o fato de que também aqui as palavras do poeta vem em nosso socorro:

***Não, não tenho caminho novo.
O que tenho de novo
é o jeito de caminhar...***

(Thiago de Mello, *A Vida Verdadeira, em Faz Escuro Mas Eu Canto Porque a Manhã Vai Chegar*, apud SOUSA JR., op. cit. introdução).

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2. ed. São Paulo: Abril, 1978 (Col. Os Pensadores).
- , *A Política*. Trad. Mário da Gama Kury, 2 ed. Brasília: Ed. UnB, 1988.
- ARRUDA JR. Edmundo Lima de. *Ensino jurídico e sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. port. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- , *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. RDP, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.4, abr./jun. 1968, ano I.
- BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.
- , *O Liberalismo e a Constituição de 1988: textos seleccionados*. org. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira - VII (arts. 16 a 40)*.

Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia.* Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo, Cultrix, s.d.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

-----, *O Controle Judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais.* RDP, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37-38, jan./jun., 1976, ano VII.

-----, *Perfil Constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.* RDP, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, out./dez. 1972, ano V.

BASTOS, Celso Ribeiro et BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 1982.

BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição.* Trad. Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro, 1965.

BIELSA, Rafael. *Supremacia de la Constitución.* Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina, n. 109-112, 1962.

BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras Completas de Orlando Bitar.* s.l., Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978, v.2.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la Teoria del Derecho.* Edicion a cargo de Alfonso Diniz Miguel, 2. ed., Madrid: Editorial Rebaté, 1990.

-----, *Teoria della norma giuridica.* Torino, Giappichelli, 1958.

- . *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1960.
- . *Teoria do Ordemamento Jurídico*. Trad. Claudio de Cicco. Brasília: Editora da Universidade de Brasília e São Paulo: Polis, 1989.
- . *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1980. (Coleção Pensamento Político).
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- . *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- . *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Educ, 1975.
- BUARQUE, Cristóvam. *A Revolução na Esquerda e a Invenção do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1956, v.1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.
- . *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- ."Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à emanção de normas

jurídicas e a proteção judicial contra omissões normativas”, in (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira) *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes et MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Lisboa: Coimbra, 1991.

CAPELLA, Juan-Ramón. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*. Barcelona: Ed. Ariel, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. 1. ed. 7. reimpr. Milano, Giuffrè, 1978.

-----, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 1. ed. 5. reimpr. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Konfino, 1948, v.2.

-----, *Do controle da constitucionalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

-----, A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: *Instituto dos Advogados Brasileiros*, Seminário Nacional de Direito Alternativo, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição*. R. TRT - 8ª Reg. Belém, 24 (46): 43-58, JAN/JUN 1991.

COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados*

- Unidos da América do Norte*. Trad. Alcides Cruz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- COSSIO, Carlos. *Las lagunas del derecho*. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, n.5. nov./dez. 1941, ano V.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (direito comparado). Trad. port. de Hermínio A. Carvalho. Lisboa, Ed. Meridiano, 1972.
- DIGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*. Trad. esp. de José G. Acuña, 2. ed. Madrid, Francisco Beltrán, 1926.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva: 1989.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. port. de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- ENTERRIA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. 3. ed. (reimpresion). Madrid: Civitas, 1989.
- , *La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (18 de setembro de 1946). Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1952, v.1.
- FERNANDES, Florestan. *Nova República?* 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. e. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1 e 2.
- , *Comentários à Constituição de 1988 - V.I* (arts, 1º a 43). São Paulo: Saraiva, 1990.
- , *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

-----. *Direito constitucional comparado; o poder constituinte*. São Paulo, Bushatsky-Univ. São Paulo, 1974, v. 1.

-----. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. t. 1.

-----. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1975. v.1.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1958; v. 2, 1960.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

-----. *Despesa Pública - Conflito entre Princípio e Eficácia das Regras Jurídicas - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública*. R.T.D.P. 130 (2) 93.

-----. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado Moderno*. Trad. Luiz Mário Gazzaneo, 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

GUEDES, Néviton O.B. "A Crise da Racionalidade Jurídica". In: Arruda Junior (org) *Razão e Racionalidade Jurídica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

-----. O Uso Alternativo do Direito. In: Souza Junior, J.G. (org) *O Direito Achado na Rua*. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1991.

-----. Mercado de Trabalho e Direito do Trabalho. In: Souza Junior et Roberto Aguiar (orgs). *Introdução Crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

- HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: **HABERMAS. Sociologia**. Trad. e org. Barbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1980.
- . *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Trad. Valmireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.
- . *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- . Técnica e ciência enquanto “ideologia”. Trad. Z. Loparic e Andréa Maria A. C. Loparic. In: **BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. & HABERMAS, Jürgen. Textos escolhidos**. São Paulo: Abril, 1980. (Col. Os Pensadores).
- HAMILTON, Alexander et alii. *O Federalista*. Por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1994. (Col. Pensamento Político).
- HART, H.L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Goubenkian, 1986.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. esp. de Carlos Ruiz del Castillo. 2. ed. Madrid: Reus, s.d.
- HEGEL, G.H.F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. port. de Orlando Vitorino. 2. ed. Lisboa: Martins Fontes, 1976.
- . *Fenomenologia do Espírito e Outros Ensaios*. Trad. Henrique Claudio de Lima Vaz et alii. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. 1. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOBBS, Thomas Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um governo eclesiástico e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizzi da Silva, 2. ed.,

São Paulo: Abril Cultura, 1979. (Os Pensadores)

-----, *Do Cidadão*. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HOLANDA, Aurélio B. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 15. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. esp. de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril, 1980. (Col. Os Pensadores).

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado, 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

-----, *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

-----, La Funcion de la Constitucion. In *Derecho e Psicoanalisis*: Teoria de las Ficciones y Funcion Dogmática. Buenos Aires: Libreria Hadrette, s/d.

-----, *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. esp. de Eduardo García Máynez. 2. ed. 2. reimpr. México: UNAM, 1979.

-----, *Teoría general del Estado*. Trad. esp. de Luiz Legaz Lacambra. 15. ed. México: Ed. Nacional, 1979.

-----, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes e Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1990.

-----, *Teoria pura do direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KONDER, Leandro. *Hegel: A Razão quase Enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. port. de José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* Trad. esp. de W. Roces. Buenos Aires:

Siglo Veinte, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contenido del efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli, Morano, s.d.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo e outro Ensaio*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. de Alfredo Gallego Anabiterte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1980.

-----, *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

MACHADO NETO, A.L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966.

MALBERG, R. Carré de. *Teoria general del Estado*. Trad. esp. de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia: introdução à sociologia do conhecimento*. Trad. Emilio Willems. Rio de Janeiro-Porto Alegre- São Paulo: Globo, 1950.

MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução: Hegel e o Advento da Teoria Social*. Trad. Marília Barroso. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Americo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MARX, Karl. Para a crítica da economia política. Trad. José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi. In: *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. 2. ed. São Paulo: Abril, 1978. (Col. Os Pensadores).

- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. 1 e 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 14. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- . *Elementos de direito administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- . *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MERCADO, Oscar Vásquez del. *El control de la constitucionalidad de la ley: estudio de derecho comparado*. México: Porrúa, 1978.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Trad. port. de Ana Prata. 1. ed. Lisboa: Moraes, 1979.
- MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica (seleção)*. Trad. João Marcos Coelho. 2. ed. São Paulo: Abril, 1979. (Col. Os Pensadores).
- MIRANDA, Jorge (org. e trad.). *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980.

-----. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1990.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 1, 2, 3 e 6.

-----. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

-----. *Defesa, guarda e rigidez das Constituições*. RDA, v. 4, abr. 1946, e v. 5. Rio de Janeiro, jul. 1946.

-----. *Incidência e aplicação da lei*. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Recife, n. 1, 1956, ano I.

-----. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1, 3 e 4.

MONTE, Roberval Clementino Costa do. *Declaração de Inconstitucionalidade*. RF, Rio de Janeiro, v. 268, out./dez. 1979, ano 75.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

-----. *A Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1989.

-----. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. In: *Anuário de Mestrado em Direito*, n. 5. Recife: Editora Universitária/ UFPE). p. 273-98.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos: Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje, jurídico y realidad*. Trad. esp. de Ernesto Garzán Valdés. Buenos Aires: Centro Editor da América Latina, 1968.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1989.

PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962. v. 10.

- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- POULANTZAS, Nicos. Sobre la teoría marxista del derecho. In: *Sobre el Estado capitalista*. Trad. esp. de María T. Poyrazián e Jorge Solé Tura. 2. ed. Barcelona: Laia, 1977.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Notas introdutórias à lógica dialética*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1968.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- , *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- , *O direito como experiência (Introdução à epistemologia jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- , *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. esp. de José Hierro. Madrid: Technos, 1971.
- , *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. esp. de Genaro R. Carrió. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1974.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social e outros ensaios*. Trad. Lourdes Santos Machado. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os Pensadores)
- ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y Division de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho constitucional*. Trad. esp. de Pablo Lucas Verdú. 1. ed. Reimpr. Madrid: Technos, 1973.
- , *Introduzione al diritto costituzionale comparato*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974.

- SABIN JR., Vicente. *Inconstitucionalidade das leis (iniciativa, emenda e decretação)*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- SALDANHA, Nelson. *A supremacia constitucional - formação histórica do problema*. Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Recife, n. 22, 1978, ano XXII.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Inconstitucionalidade de emenda constitucional*. RDP, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 67, jul./set. 1983, ano XVI.
- . *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Progresso, 1954.
- . *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociedade da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1988.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México: Nacional, 1970.
- SCHREIBER, Rupert. *Lógica del derecho*. Trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Sur, 1967.
- SCHREIER, Fritz. *Conceptos y formas fundamentales del derecho: esbozo de una teoría formal del derecho y del Estado sobre base fenomenológica*. Trad. esp. de Eduardo García Máynez. México: Nacional, 1975.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de La Brède e de Montesquieu). *Do Espírito das Leis*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (la filosofía del derecho em el siglo XX)*. México: Nacional, 1974.
- . *Introducción al estudio del derecho*. 5. ed. México, Porrúa, 1979.
- . *Tratado general de filosofía del derecho*. 5. ed. México: Porrúa, 1975.

- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- , Normas constitucionais. In: *A norma jurídica*. Coord. Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- , *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion e Derecho Constitucional*. Trad. de José M. Beneyto Pérez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.
- STAMMLER, Rudolf. *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*. Trad. esp. de W. Roces. Madrid: Reus, 1929.
- , *Tratado de filosofía del derecho*. Tard. esp. de W. Roces. 1. ed. México: Nacional, 1974.
- STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Trad. esp. de Fernando Sainz Moreno. 1. ed. Madrid: Aguilar, 1973.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- TELLES JÚNIOR, Golffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. Neil R. da Silva. Belo Horizonte, Itatiaia Ed., 1962.

- TREVES, Renato. *Introducción a la sociología del derecho*. Trad. esp. de Manuel Atienza. Madrid: Taurus, 1978.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Trad. Amílcar de Castro. Separata da Revista da Faculdade de Direito da UEMG. Belo Horizonte, out. 1966, ano XVII (nova fase).
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional; supremacía y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1976, v. 2.
- VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. port. de António José Brandão. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959, v. 2.
- VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- VIANNA, Ataliba Pereira. *A constitucionalidade das leis*. Tese para concurso à Cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro, 1947.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA, Padre Antônio. *Sermões Escolhidos*. Seleção, introdução e notas por Maria das Graças Moreira de Sá, Lisboa: Ulisseia, 1984.
- VILANOVA, Lourival. *A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal*. RDP, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 57-58, jan./jun., 1981, ano. XIV.
- , *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais/Educ, 1977.
- , *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. Introdução Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987.
- WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica*. Trad. Alcione Niederauer Correa. Porto Alegre: Atrium, 1977.

- , Colab. Leonel Severo Rocha e Gisele Guimarães Cittadino. *O direito e sua linguagem*. 2. versão. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984.
- , *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. esp. de José Medina Echevarría et al. Org. Johannes Winckelmann. México- Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- , *Textos Seleccionados*. Trad. de Maurício Tragtenberg et alii, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores)
- , *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Carin Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1991.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril, 1979. (Col. Os Pensadores).
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- , "Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa". In: Arruda Junior (org), *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 38-41.
- , "Direito Comunitário Alternativo - elementos para um ordenamento teórico-prático". In: Arruda Junior (org). *Lições de Direito Alternativo II*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 139-144.
- , Teoria crítica e pluralismo jurídico. In: Instituto dos Advogados Brasileiros, *Seminário Nacional de Direito Alternativo*, 1993.
- , *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.